(دعــوى براءة الذمـــة)

في

ضوء القضاء والفقه

تأليــف

شـريــف أحمــد الطبـــاخ

المحامـي

بالنقض والإدارية العليا

الشخصية القانونية الطبيعية :

تمهيــــد :

يتمتع بالشخصية الاعتبارية كل من يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

والشخصية القانونية تثبت في الأصل للإنسان وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي؛ ومع ذلك فإن هذه الشخصية القانونية قد تثبت لغير الإنسان فهي تثبت لمجموعات من الأشخاص أو الأموال وهو ما يطلق عليها الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية.

المقصود بالشخص الطبيعي :

الشخص الطبيعي هو الإنسان؛فكل إنسان شخص لأنه صالح للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات أي أن له شخصية قانونية بل أن الطفل والمجنون لهما شخصية قانونية رغم انعدام الإرادة والإدراك لديهما،ولم يكن الأمر كذلك فيما مضي نظرا لوجود نظام الرق ونظام الموت المدني.وقد تخلصت القوانين الحديثة من نظام الرق ومن نظام الموت المدني، ومع ذلك قد تظهر في بعض الدول-خاصة في أعقاب الحروب أو الثورات-بعض مظاهر الآثار التي كانت تترتب على الموت المدني، وذلك في حالة ما يسمى بالمصادرة العامة للأموال confiscation generale des binens بالنسبة إلى المحكوم عليهم، وكذلك ما يسمي بالحرمان من صفة المواطن degradation nationale وقد قيل بالنسبة إلى الحكم على بعض الأشخاص بالحرمان من صفة المواطن إن هذا يؤدي إلى حرمان من جرد من تلك الصفة من إبرام التصرفات المدنية العقارية وفي هذا المنع حد من الشخصية القانونية للمحكوم عليهم وتقييد من أهلية الوجوب بالنسبة لهم (شمس الدين الوكيل صـ٤٨ وحسن كيرة .مرجع صـ٧١١ بالهامش)

ومع ذلك فإننا إذا ما صرفنا النظر عن هذه الصور الاستثنائية التي قد تمليها ظروف خاصة تؤدي إلى الحد من شخصية بعض الأفراد ولا تعدمها بصورة نهائية وجدنا أن كل إنسان في الوقت الحاضر يتمتع بالشخصية القانونية فيكتسب الحقوق ويتحمل بالواجبات (توفيق فرج ص٥٨٠)

وإذا كانت الشخصية تثبت للإنسان على هذا النحو فإنها لا تثبت للحيوان وإذا كانت القوانين تقرر للحيوان حماية خاصة في بعض الأحيان فتعاقب من يسئ معاملتها وتتطلب الرفق بها وتحرم صيد بعض الطيور النافعة المزارعة مثلا فإن هذا الالتزام الذي يفرض على الإنسان لا يعنى أن للحيوان حقا وإنما يقصد بتلك القوانين تحقيق المصلحة العامة،كما أنها تقوم على فكرة أخلاقية (توفيق فرج مرجع سابق ص٥٨١).

بداية الشخصية القانونية ونهايتها :

أولا: البداية الشخصية القانونية للإنسان :

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً. ولقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٢٩ من التقنين المدني بقولها "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" فثبوت الشخصية القانونية للإنسان يكون إذن بتمام ولادته حياً أو بمعنى آخر تكون بانفصال الجنين عن أمه حياً. فإذا انفصل الجنين ميتاً فلا تثبت له مطلقاً الشخصية القانونية.

وتتحقق حياة الجنين وقت الولادة ببعض العلامات المميزة كالبكاء. وللقاضي مع ذلك أن يلجأ إلى رأي الأطباء الشرعيين ليتحقق من تمام ولادة الجنين حياً. وتثبت واقعة الميلاد بالقيد في السجلات المعدة لذلك: ويجوز لكل من له مصلحة أن يستخرج منها صورة رسمية، ومع ذلك فليس للبيانات الواردة في هذه السجلات حجية مطلقة، إذ يقتصر دور الموظف الذي يقوم بتحريره على مجرد كتابة البيانات التي يذكرها له ذوي الشأن" ولذلك يظل إثبات واقعة الميلاد، وهي واقعة مادية جائزاً بكل الطرق. وهذا هو ما قضت به المادة من القانون المدني إذ تنص على أنه: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك. فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى" وأما إثبات ما يتفرع عن واقعة الميلاد من أثر فإنه يخضع لقواعد الأحوال الشخصية. (الدكتور محمد علي عمران – مرجع سابق ص٢٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته ...". وفي المادة ٤٥ من ذات القانون على أنه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو كل من لم يبلغ السابقة يعتبر فاقد للتمييز" يدل على أن الأصل – وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون – على أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بوفاته، وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعي" (الطعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

مركــز الجنيــــن :

تثبت الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً. ومع ذلك فللجنين بعض الحقوق التي يعينها القانون. وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٩ مدني بقولها ".. ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" ولقد اعترف القانون للجنين ببعض الحقوق بالنسبة لاستحقاقه في الميراث والوصية.

بالنسبة للميراث : يقضي القانون بأن يحتجز للجنين من تركة مورثه المتوفى بأفضل النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإذا أتى الجنين بعد ذلك ذكراً أخذ ما أوقف له وأما إذا كان أنثى أخذ نصيبه باعتباره كذلك ويرد القدر الزائد إلى تركه المتوفى ليوزع بعد ذلك على سائر الورثة. وأما إذا ولد ميتاً فما أوقف له يرد إلى تركة مورثه ليتم بعد ذلك توزيعه على ورثة هذا الأخير، وإذا حدث وانفصل الجنين عن أمه لحظة الولادة حياً ولو كان ذلك للحظة ثم مات بعد ذلك، فإن ما أوقف له يكون من نصيبه على التفصيل السابق ثم يوزع بعد ذلك على ورثته بشرط أن تثبت لهم هذه الصفة وقت وفاة هذا الجنين. وبالنسبة للوصية فللجنين ما أوصى له بعد وفاة الموصي، واستحقاق الحمل المستكن لما أوصى له به موقوف على تمام ولادته حياً. وأما إذا ولد ميتاً فإن ما أوصى له به يدخل في تركة الموصي ويعتبر جزءاً منها ويوزع بالتالي على ورثته. ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن الشخصية القانونية للجنين تثبت له بصفة استثنائية. وتبعاً لذلك فإن هذه الشخصية لا تثبت له إلا فيما نص عليه القانون من حالات. وأما فيما عدا ذلك – ولو كان فيه مصلحة للجنين – فلا تثبت للجنين شخصية قانونية. وذهب رأي آخر من الفقه استناداً للميراث والوصية إلى القول بأن الحقوق التي تثبت للحمل المستكن هي التي لا تتوقف على قبول (الميراث والوصية) ولذا فقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بعدم جواز الهبة إذ تنعقد بالإيجاب والقبول. (محمد توفيق فرج – ص٢٩٧- سليمان مرقص ص٢٧٠) ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أن الولاية لا تثبت ولا تبتدئ إلا بالولادة، فليس للجنين ولي يملك القبول عنه. وبما أن المشرع المصري قرر إقامة وصي على الحمل المستكن. فلهذا الوصي أن يقبل الهبة. ولذلك يذهب فقهاء آخرون إلى القول باكتسابه لما يكون له نافعاً محضاً بلا تمييز بين ما يتطلب ذلك إذا في حالة تطلب القبول يملكه الولي أو الوصي نيابة عن القاصر. (عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية الحق بند٣٨ – السنهوري – بند ٦٥ج ٥ – حسن كيرة – مرجع سابق ص٥٠٧)

وقد أحال المشرع في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون :

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المدة ٢٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون، فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن، وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه، واعترف له قانون المواريث بالحق في الإرث كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصي له به، أما حقه في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً فلم يعينه القانون، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المجني عليه الذي أصيب في الحادث - سبب دعوى التعويض الراهنة - قد مات بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٨ قبل ميلاد ابنته القاصرة الحاصل في ١٩٨١/١١/١ ومن ثم فإنها كانت في هذا التاريخ حملاً مستكناً فلا تستحق بعد ولادتها التعويض المطالب به، لأن الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية المباشرة التي تدعي أنها أصيبت بها وقت أن كانت حملاً مستكناً وكما سلف البيان لم يكن من بين الحقوق التي عينها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر" (الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧ وبنفس المعنى الطعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٨)

ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية :

انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي :

تنتهي شخصية الإنسان بموته، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني بقولها "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته.... " فتنتهي إذن شخصية الإنسان بموته، وتثبت واقعة الوفاة في السجلات المعدة لذلك، ويمكن لكل من له مصلحة الحصول من هذه السجلات على شهادة بذلك، ومع ذلك فليس لهذه السجلات حجية مطلقة، فالوفاة شأنها في ذلك شأن أي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وبالتالي فإنه يجوز لكل من له مصلحة أن يثبت عكس ما هو وارد في هذه السجلات. وإعمالاً للقاعدة الشرعية المعروفة بألا تركة إلا بعد سداد الديون ذهب فقهاء الحنفية خاصة إلى القول بامتداد شخصية الإنسان بعد وفاته إلى أن تصفى تركته ويسدد ما عليه من ديون وقد أخذ التقنين المدني بما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، إذ تنص المادة ٨٩٩ منه على أنه "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي". وفي هذا الافتراض مخالفة للواقع والقانون. فلا يمكن القول من جهة بامتداد شخصية الإنسان إلى ما بعد وفاته، ومن جهة أخرى فإن في هذا القول مخالفة لما ينص عليه القانون. فالقاعدة أن شخصية الإنسان تنتهي بوفاته (المادة ٢٩ مدني). وإذا كان المراد هو التوفيق بين القاعدة القانونية التي تقضي بانتهاء شخصية الإنسان تنتهي بوفاته، وتنتقل فور الوفاة تركته إلى ورثته بكل ما لها وما عليها. وتحدد مسئولية الورثة عن ديون مورثهم بقدر ما ينتقل إليهم من تركته. وبذلك يكون التوفيق ممكناً بين القاعدة التي تقضي بألا (تركة إلا بعد سداد الديون)، وبين القاعدة التي تقضي بانتهاء الشخصية القانونية للإنسان فور وفاته. وهذا هو ما يذهب إليه الآن الفقه في مجموعه. (حسن كيرة - المرجع السابق ص ٥٠٧، السنهوري - مرجع سابق، عمران - المرجع السابق) ولتحديد لحظة الموت أهمية بالغة في إعمال أحكام الإرث خاصة في حالة ما يسمى بأموات البغتة أي الأشخاص الذين يموتون معاً في حادث واحد، وقد ذهب رأي إلى أن الموت يكون بتوقف جميع خلايا القلب عن العمل ولكن زادت المنازعة في صحة هذا المعيار مؤخراً بمناسبة عمليات نقل القلب ومن ثم ذهب رأي آخر إلى أن لحظة الموت تتحدد بتوقف خلايا المخ بعدم إعطاء رسام المخ الكهربائي أية إشارات لأن يعد توقف خلايا المخ عن العمل يظل القلب يعمل لفترة من الزمن

ويستعين القاضي لتحديد لحظة الوفاة بالوسائل المختلفة مستعيناً برجال الطلب الشرعي فإن لم يستطع إعمال حكم المادة الثالثة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التي تنص على أنه إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا (جلال وأبو الليل بند ٤١ والدكتور حسن كيرة - مرجع سابق - السنهوري- مرجع سابق- بند ٨٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "توقيع الحجر على شخص يعتبر إجراء تحفظياً يستهدف منعه من إساءة التصرف في أمواله، فإذا توفي الشخص استحال أن يتصرف في تلك الأموال، ويزول مقتضى الحجر وعلة الحكم به، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضاً على القضاء ولم يصدر به حكم حائزاً لقوة الأمر المقضي، فإن الدعوى به تنتهي بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته، وهذا ما يستفاد من المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، الذي يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصاً بالغاً، وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله، فإذا انتهت شخصية المطلوب الحجر عليه بموته طبقاً للمادة ١/٢٩ من القانون المدني استحال الحكم لصيرورته غير ذي محل فضلاً عن أن أموال المطلوب الحجر عليه تورث عنه بموته عملاً بالمادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها إلى قيم لإدارتها ويصبح توقيع الحجر لغواً، لما كان ما تقدم، وكان البين من الأوراق، أن المطلوب الحجر عليه توفى أثناء نظر المعارضة المقامة منه عن الحكم الغيابي القاضي بتوقيع الحجر عليه، فإنه كان يتعين معه الحكم في تلك المعارضة بانتهاء دعوى الحجر، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بتأييد الحكم الابتدائي الصادر بتأييد الحكم المعارض فيه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

انتهاء الشخصية بالموت الحكمي أو الاعتباري :

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بوفاته متى كانت الوفاة يقينية ومؤكدة على التفصيل السابق بيانه. وقد لا تكون الوفاة مؤكدة وإن غلبت. مثال ذلك المفقود وهو الذي لا يعلم على وجه اليقين حياً هو أو ميت. والمفقود على هذا النحو هو الذي تنقطع أخباره على نحو يرجع معه وفاته. كمن يخرج للسياحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد في معركة حربية أو زلزال أو فيضان. ومع أن الوفاة ليست يقينية، إلا أنه لا يعقل أن يظل مصير هذا الشخص معلقاً إلى الأبد. لذلك أجاز القانون للقاضي إن حكم باعتبار هذا المفقود ميتاً إذا مضى على تغيبه وانقطاع أخباره مدة معينة. وتنص المادة ٣٢ من القانون المدني على أنه "تسري في شأن المفقود والغائب والأحكام المقررة في قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية"، ولقد نظم المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الأحكام الخاصة بالمفقود - وهذا القانون مأخوذ عن فقه الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين- وتنص المادة ١١ منه على أنه "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده. وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفرض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً" فيمكن إذن للقاضي أن يحكم بموت المفقود في حالتين :

(أ) حالة غلبة الهلاك : إذا كان الشخص قد فقد فى وقت يغلب فيه الهلاك، كمن يفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو فيضان، فللقاضى بناء على طلب ذوى الشأن أن يحكم بإعتباره ميتاً بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وبعد التحرى عنه بكافة الطرق الممكنة. ويعتبر هذا الشخص ميتاً فى تاريخ الحكم بذلك ، والأصل أن القاضى هو الذى يحكم بذلك، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل أجاز المشرع لوزير الحربية أن يصدر قراراً باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية موتى بعد مضي أربع سنوات على فقدهم. ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائي بذلك.

(ب) حالة لا يغلب فيها الهلاك : وأما إذا كان الفقد قد تم في ظروف لا يغلب معها الهلاك، فالأمر في اعتبار المفقود ميتاً في هذه الأحوال أو في عدم اعتباره كذلك متروك للقاضي الذي له أن يتحرى بكافة الطرق الممكنة للوقوف على حياة المفقود أو موته. وواضح هنا - ومن باب أولى - أنه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود قبل مضي أربع سنوات على فقده .

الآثار التي تترتب على اعتبار المفقود ميتاً :

قلنا الآن أن الوفاة تنتهي بها الشخصية القانونية قد تكون حقيقية وقد تكون اعتبارية أو حكمية. فإذا كانت الوفاة حقيقية فإن الأمر لا يثير صعوبة، وأما إذا كانت الوفاة اعتبارية. فيجب أولاً معرفة الوقت الذي يعتبر المفقود فيه ميتاً من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً قد يظهر من جديد - فالوفاة لم تكن حقيقية - فما هو الحكم في مثل هذه الحالة.

الوقت الذي يعتبر المفقود فيه ميتاً :

لا يعتبر المفقود ميتاً بحسب الأصل إلا بحكم من القاضي، ويعتبر ميتاً من تاريخ هذا الحكم، فالحكم هنا منشئ لا مقرر إذ أن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته. وهو لا يحكم إلا بعد مضى مدة معينة من تاريخ الفقد على التفصيل السابق بيانه ، وتختلف النتائج التي يمكن أن تنتهي إليها بحسب اعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد أو من وقت الحكم.

فإذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد، ترتب على ذلك ما يلي : (أ) أن ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية بعد الفقد وقبل الحكم يرتد إلى ذوي الحق فيه. وهم الذين كانوا يستحقونه من دونه أي هم ورثة المتوفى (المورث) أو ورثة الموصى. وهذه نتيجة منطقية لأن شرط الاستحقاق بسبب الإرث أو الوصية أن تثبت حياة الوارث وقت وفاة المورث، وحياة الموصي له وقت وفاة الموصي . (ب) أن تقسم تركة المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً على ورثته الذين كانوا موجودين وقت فقده حتى من توفى منهم بعد الفقد وقبل الحكم وهذه النتيجة غير منطقية، لأن شرط استحقاق الإرث هو تحقق موت المورث قبل الوارث. وهذا الشرط قد لا يكون متحققاً بالنسبة إلى من توفي من ورثة المفقود في الفترة بين الفقد والحكم، لانعدام الدليل على وفاة المفقود في هذه الفترة ، وأما إذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الحكم لا من وقت الفقد، لترتب على ذلك عدة نتائج عكس السابقة : أ- تنقسم أموال المفقود على من يوجد من ورثته وقت الحكم بفقده وأما من توفى منهم في الفترة بين الفقد والحكم، فلا يرثون شيئاً، وهذه النتيجة لا غبار عليها إذ أن من شروط تحقق الإرث أن تثبت حياة الوارث وقت موت المورث . ب- ويستحق ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية. فيدخل نصيبه منها ضمن تركته ويقسم بين ورثته الموجودين وقت الحكم: وهذه النتيجة يعترض عليها لأن من شروط استحقاق الإرث أو الوصية ثبوت حياة الوارث أو الموصى له. وقد لا يكون هذا الشرط متحققاً بالنسبة للمفقود في الفترة ما بين الفقد والحكم ، ونظراً لاختلاف النتائج التي تترتب على الأخذ بأحد الرأيين السابقين فقد قرر الفقهاء بأن المفقود، بعد الحكم بثبوت وفاته يعتبر بالنسبة للفترة ما بين الفقد والحكم حياً فيما يتعلق بالأحكام التي تضره فلا تقسم أمواله على ورثته ولا تحل زوجة لغيره من الأزواج إلا من تاريخ الحكم (المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ويعتبر المفقود ميتاً بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره فلا يستحق ما أوقف لأجله من إرث أو وصية، بل يرتد نصيبه إلى من كانوا يستحقونه باعتبار المفقود ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة إلى إرثه من غيره وما في حكم ذلك، يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة إلى إرثه من غيره وما في حكم ذلك، يعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة إلى إرث غيره منه. (سليمان مرقص - مرجع سابق ص٢٧٩).

١- ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته : قلنا الآن أن الموت هنا ليس حقيقياً، ولكنه حكيماً. وقد يظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته. فما أثر ذلك الظهور على ما يكون قد تم من وقائع أو تصرفات استناداً إلى الحكم بموت المفقود.

(أ) في شأن الرابطة الزوجية : بعد الحكم بموت المفقود، قد تكون زوجته قد تزوجت بآخر، فإذا ما ظهر الزوج الأول حياً من جديد، فما أثر ظهوره على العلاقة الجديدة التي تكون قد نشأت بين زوجته وهذا الزوج الثاني: القاعدة في هذا الشأن هي بقاء الزواج الثاني إذا كان الزوج حسن النية لم يكن عالماً ولم يكن في استطاعته أن يعلم إذا ما بذل جهداً معقولاً في البحث والتحري بحياة المفقود، وكان قد دخل بزوجته. ففي هذه الحالة يفضل الزوج الثاني على الأول. وأما إذا كان الزوج الثاني على علم بأن من حكم بموته ليس ميتاً أو كان باستطاعته العلم بذلك فهو سيء النية ويفضل عليه الزوج الأول. وينطق نفس الحكم حتى ولو كان الزوج الثاني حسن النية طالما أنه لم يكن قد دخل بالزوجة وعاشرها، فالأفضل هنا أن نغلب مصلحة الزوج الأول إذا كان الزواج الثاني قد أبرم قبل أن تعتد الزوجة عدة الوفاة وهي التي تحسب من تاريخ الحكم بموت المفقود إذ أن الزواج الثاني يكون في هذه الحالة باطلاً ويفضل تبعاً لذلك الزواج الأول ويذهب جانب من الفقه إلى المفاضلة بين الزوج الأول والثاني تبعاً لمن يكون له منها أولاد، فإذا كان للزوج الأول من الزوجة أولاد فضل على الثاني ولو كان قد دخل بها بحسن نية، وأما إذا كان للزوجة من الاثنين أولاد فضل الزوج الثاني شريطة أن يكون حسن النية .

(ب) شأن الأموال : عند الحكم باعتبار المفقود ميتاً، توزع أمواله على ورثته وكذلك يرد إلى تركة مورثه ما يكون قد حجز له في الفترة ما بين فقده وبين الحكم باعتباره ميتاً: فإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بفقده فإن له أن يسترد ما بقي من أموال تحت يد ورثته. وأما ما تصرفوا فيه فليس له مطالبتهم برده وهذا الحكم هو ما يذهب إليه الفقه في مجموعه، ومع ذلك فنرى ضرورة التفرقة بين فرضين. الفرض الأول: وفيه يكون الورثة قد تصرفوا فيما آل إليهم من تركة المفقود دون أن تعود عليهم من جراء ذلك منفعة. وهنا لا يلتزم الورثة بالرد. الفرض الثاني: وفيه يتصرف الورثة بعوض فيما آل إليهم من تركة المفقود وتعود عليهم من وراء ذلك منفعة، ومثال ذلك استبدال مال من أموال التركة بمال آخر على سبيل المقايضة. فلا نرى في هذا الفرض ما يحول بين المفقود - وهو الذي حكم باعتباره ميتاً ثم ظهر - وبين حقه في أن يسترد ما حل من مال محل ما كان في الأصل من مشتملات تركته مادام هذا المال موجوداً تحت يد ورثته إذ لا يوجد ما يدعوا في هذا الفرض إلى التضحية بمصلحة المفقود وتغليب مصلحة ورثته عليه. (الدكتور سليمان مرقص - مرجع سابق - عمران - مرجع سابق)

يجب اختصام وكيل المفقود في دعوى موته :

إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيماً تقبل عليه البينة لإثبات دعوى موته ، وإذا لم يختصم تقضي المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها" .

تختص محكمة الأسرة بنظر دعوى موت المفقود :

بصدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بمحكمة الأسرة أصبحت هذه المحكمة هي المختصة نوعياً بنظر دعوى موت المفقود ويكون الاختصاص محلياً للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي وإذا تعدد المدعى عليهم فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم.

خصائص الشخصية الطبيعية :

والمقصود بخصائص الشخصية الطبيعية الصفات أو المميزات التي تميز كل شخص عن الآخرين.

وهذه الخصائص تتمثل في: الاسم ،الحالة ،الموطن، الذمة المالية، الأهلية.

وسوف نتناول هذه الخصائص بالتفصيل على النحو التالي :

أولا : الإســــم :

إن شخصية كل إنسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين غيره في الجماعة الذي يعيش فيها.وهذه الوسيلة أو العلامة هي الإسم فالإسم هو أهم ما يميز الشخص عن غيره.ولهذا حرصت القوانين على استلزامه والاهتمام بتنظيمه وقد نص القانون المدني على أن يكون لكل شخص أسم ولقب وأن لقب الشخص يلحق أولاده ومعنى هذا أنه يلزم إلى جانب اسم الشخص نفسه أو ما يطلق عليه الاسم الشخصي prenom أن يوجد له لقب nomوهو اسم الأسرة.

ومن هذا يبدو أن المشرع يحرص على أن يكون للشخص اسمه ولقبه وذلك حتى لا يقع اللبس بين الأشخاص إذ أن الاسم وحده لا يكفي للتميز بينهم، ولما كانت المصلحة العامة تستلزم ذلك فقد حرص المشرع على النص على ضرورة اللقب إلى جانب اسم الشخص،حتى يسهل التمييز بين الإفراد فلكي يتسئ التمييز بين الأفراد يجب أن يكون لكل منهم اسم ولقب وهذا أمر تفرضه الضرورة الاجتماعية فالمشرع قد جعل من اتخاذ الاسم واللقب أمرا واجبا. (توفيق فرج حسن.مرجع سابق ص٦٠٧).

ولم يكن من الشائع وجود لقب إلى جانب الاسم وإنما الشائع هو استعمال الاسم الشخصي مضافا إليه اسم الأب والجد وإن كان البعض يستعمل اللقب إلى جانب الاسم الشخصي كما يفعل الغربيون ولما كان استلزام اللقب إلى جانب الاسم الشخصي أمرا مستحدثا فقد أشارت المادة (٣٩)من التقنيين المدني إلى وجوب إصدار تشريع خاص ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها.

الطبيعة القانونية للاسم :

فالاسم باعتباره من مميزات الشخصية ينطوي على واجب وحق في وقت واحد؛فإذا كان للشخص حق في أن يتسمى باسم يميزه عن غيره من الأفراد وأنه يجب احترام هذا الحق فإن عليه في نفس الوقت واجب أن يختا لنفسه اسما يميزه عن بقية الأشخاص.وذلك أن الأمر المدني يقتضي التمييز بين الأشخاص ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا استقرار المعاملات في المجتمع ويكون الإسم بذلك وسيلة إجبارية لتمييز الأشخاص فالاسم واجب يقرره القانون وقد فرض القانون أن يكون للشخص إلى جانب اسمه الشخصي لقب حتى يميزه عن غيره كما أن القانون يقضي بضرورة ذكر أسم المولود ولقبه في البيانات التي تقدم عند التبليغ عن ميلاده ومن جهة أخرى إذا كان القانون يفرض على الأفراد اتخاذ اسم ولقب على هذا النحو،فانه لا يترك لهم الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم وإنما يرسم لذلك نظاما ينبغي أتباعه حق يمكن حصول هذا التغيير وحتى يضمن بذلك جدية الأمر لأن تغيير الاسم الذي عرف الشخص به في الجماعة قد يضر بمصالحهم.

ومن هذا يتبين أن القانون لا يترك للأفراد حرية التغيير والتبديل في أسمائهم وهذا أمر تقتضيه المصلحة العامة وإلى جانب ذلك فإن الاسم إذا كان واجبا فهو حق للشخص كما قدمنا. وقد رأى البعض أن حق الشخص على أسمه إنما هو حق ملكية وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي ولكن اعتبار الحق في الاسم حق ملكية منتقد (توفيق حسن فرج مرجع سابق ص٦١٠).

وقد ذهب البعض إلى اعتبار الحق في الاسم حق ملكية يرد على شئ معنوي غير مادي الأمر الذي لا يستقيم لعدم توافر خصائص الملكية فيما يسمى بملكية الاسم ، فالملكية كما هو معلوم ترد على شئ مادي بينما الاسم ليس إلا شيئا معنويا ، كما أن الملكية حق قاصر على المالك بينما لا يستطيع الشخص أن يمنع غيره من التسمي باسمه الشخصي،كما أن اسم الأسرة يشترك فيه جميع أفرادها،فضلا عن حق الملكية من حقوق المعاملات المالية ويدخل في الذمة المالية ويكون تبعا لذلك محلا للتقادم بينما الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية غير المالية الخارجية عن دائرة التعامل ولا يعتبر عنصر من عناصر الذمة المالية لذلك فالحق في الاسم لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع التعامل أو التصرف فيه أو النزول عنه . (عبد الحكم فوده ، مرجع سابق ص١٤)

حماية الحق في الإسم :

الاسم باعتباره حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية فقد قرر القانون أن يحميه كما يحمي الشخصية وقد صت المادة ٥١ من التقنين المدني على أن : ، لكل من نازعة الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر،ويتضح من النص أن هناك وسيلة لحماية الحق في الاسم.

الوسيلة الأولى وهي رد الاعتداء فأنها تخول لصاحب الاسم الحق في طلب رد الاعتداء، حق ولو لم يحصل له ضرر منه،ويكون هذا الاعتداء عن طريق منازعة الغير-بلا مبرر-في استعمال الشخص لأسمه كما لو أعترض الغير على حق شخص معين في التسمي بالاسم الذي يحمله،أو أشاع بين الناس أن الاسم الذي يحمله الشخص ليس حقيقا. وفي هذه الحالة يكون لصاحب الاسم أن يلجأ إلى القضاء لوقف كل منازعة من الغير ولم يترتب على ذلك ضرر له. وقد يكون الاعتداء كذلك عن طريق انتحال الغير اسم الشخص دون حق.وهنا أيضا يكون لصاحب الاسم رد الاعتداء حتى ولو لم يترتب له ضرر.

أما عن الوسيلة الثانية في حق صاحب الاسم في الحصول على تعويض لما يحدثه به الغير من ضرر مادي أو أدبي . (توفيق فرج حسن ، مرجع سابق ، ص٦١١)

ثانيا : الحـــالـــة :

المقصــود بالحالــة :

الحالة هي مجموع من الصفات التي تميز الإنسان عن غيره ويرتب القانون عليها أثرا في حياته الاجتماعية.

وقد عرفتها محكمة النقض بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات التي يرتب القانون عليها أثرا في حياته الاجتماعية وهذه الصفات قد تكون طبيعية مثل كون الإنسان ذكرا أو أنثى ، وقد تكون عائلية ككونه زوجا أو أرملا أو أبا أو أبنا وقد تكون مدنية لكونه تام الأهلية أو ناقصها أو مقيدها بسبب من الأسباب القانونية ، وقد تكون دينية ككونه مسلما أو مسيحيا أو يهوديا أو غير ذلك وقد تكون سياسية ككونه متمتعا بجنسية الدولة أو متوطنا فيها أو قد تكون حرفية ككونه محاميا أو موظفا أو عاملا.(نقض مدني ٢١يونية ١٩٣٤ مجموعة القواعد العامة القانونية ج١ ص١٧).

ويدخل تحت اصطلاح الحالة (status) تحديد مركز الشخص بالنسبة إلى دولة معينة ويتحدد ذلك بالانتماء إلى جنسية هذه الدولة وهذه هي الحالة السياسية كما يدخل تحت مدلوله أيضا ما يسمى بالحالة العائلية للأشخاص وهذه تتحدد بمركزه في الأسرة. ويدخل تحت هذا الاصطلاح أخرا الحالة الدينية للأشخاص حيث يعتد بها المشرع في بعض الحدود.

وسنتكلم عن كل من الحالة السياسية والجنسية والحالة العائلية والحالة الدينية فيما يلي:

١- الحالة السياسية etat au point de vue politique:

تتحدد حالة الشخص السياسية بجنسيته أي بانتسابه إلى دولة معينة ويحدد القانون في كل دولة الشروط التي تثبت بها الجنسية للأفراد الذين ينتسبون إليها والجنسية قد تكون أصلية أو أصلية تثبت على أساس النسب أو على أساس الإقليم كما قد تكون طارئة تكتسب بالزواج أو التجنس . (توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٦٠٠).

فالجنسية قد تثبت للشخص على أساس النسب :

فالجنسية تثبت للشخص على أساس النسب وفي هذه الحالة يأخذ الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه وهذا ما يسمى بحق الدم (jus sanguinis) وقد تثبت الجنسية على أساس الميلاد على أرض الإقليم فيعتبر المولود في بلد معين تابعا لجنسية هذا البلد وهذا ما يسمى بحق الإقليم (jus scli) والقاعدة المأخوذة بها في مصر هي ثبوت الجنسية على أساس النسب وإن كانت هناك حالات خاصة يأخذ فيها المشرع بحق الإقليم . وإلى جانب الجنسية الأصلية قد تكون الجنسية مكتسبة أو الطارئة فقد يكتسب شخص جنسية دولة أخري عن طريق التجنسnaturalisation بأن تمنحه هذه الدولة الأجنبية جنسيتها في حالات معينة متى توافرت بعض الظروف والشروط التي تتطلبها القوانين من ذلك التجنس بسبب الإقامة في البلد الأجنبي مدة معينة مع توافر بعض الشروط الأخرى ، ومن ذلك أيضا اكتساب الجنسية بسبب الزواج متى توافرت الشروط التي تستلزمها القوانين في هذا العدد...(توفيق حسن فرج ص٦٠٠).

ويبرز أهمية التفرقة بين الكسب الأصل والكسب الطارئ للجنسية في أن الوطني الطارئ يخضع عادة لفترة اختبار أو ريبة يعامل خلالها معاملة الأجانب بالنسبة للتمتع ببعض الحقوق، فنجد مثلا المادة٩من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥نص على أنه لا يكون للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية...حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية كما لا يجوز انتمائه أو تعيينه عضوا في أية هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور.

وقد نظمت الجنسية المصرية بقوانين متعاقبة آخرها رقم ٢٦لسنة ١٩٧٥.انظر قانون الجنسية المصرية رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦الذي ألغي عدد نشأة الجمهورية العربية المتحدة في ٢٢ فبراير ١٩٥٨وحل محله القانون رقم٨٢لسنة ١٩٥٨بتنظيم جنسية الجمهورية العربية المتحدة الذي ألغي وحل محله القانون الحالي.وقد أخذ المشرع المصري بحق الدم بصفة أصلية إثبات جنسية الميلاد، واعتد بحق الإقليم في حالة وحيدة لتلافي انعدام الجنسية،وجمع بين حق الإقليم وحق الدم المستمد من جنسية الأم في صورتين. فنجد المادة الثانية من قانون الجنسية المصري نصت على أن يكون مصريا لأب وطني أي على أساس حق الدم.ونصت المادة٤/٢ من نفس القانون على أن يكون مصريا من ولد في مصر من أبوين مجهولين،ويعتبر اللقيط في مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس.وفي هذا الفرض منح المشرع المصري جنسية الميلاد على أساس حق الإقليم لتلافي ظاهرة انعدام الجنسية لمن يولد من أبوين مجهولين.وأخيرا قرر المشرع منح جنسية الميلاد على أساس حق الإقليم المعزز بحق الدم من ناحية الأم فقد نصت المادة الثانية من قانون الجنسية في فقرتيها الثانية والثالثة على أن يتمتع بالجنسية المصرية من ولد في مصر من أم تحمل الجنسية المصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، وكذلك من ولد في مصر من أم تحمل جنسية هذه الجمهورية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا . (عبد الحكم فوده ص١٨).

الحالة الأسرية أو العائلية :

.... تنص المادة (٣٤) على أن :

١. تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه .

٢. يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

ويقصد بالقرابة :

تحديد الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

قرابة النسب :

هى الاجتماع في أصل مشترك ودم واحد ، وهى نوعان إما قرابة مباشرة أو قرابة حواشي .

قرابة مباشرة : هى الصلة بين الأصول والفروع . (م ١/٣٥)

قرابة الحواشي : هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر . (م ٢/٣٥)

حساب درجة قرابة النسب :

.... تنص المادة (٣٦) على أن :

يراعى في حساب در جة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

فالأب والأم والابن والبنت يعدوا في الدرجة الأولى ، والجد والجدة وابن البنت أو الابن وبنت الابن أو البنت والأخ والأخت يعدوا في الدرجة الثانية ، أما درجة الحواشي فتحدد بعدد الفروع التي تصل كل شخص بالأصل المشترك مع حسبان كل شخص منهم فرعاً وعدم حساب الأصل المشترك ، فالأخ في الدرجة الثانية وابن الأخ في الدرجة الثالثة وابن العم أو الخال ففي الدرجة الرابعة .

قرابة المصاهرة :

هى التي تتم بعقد زواج ابن أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، وهى وإن كانت تربط أحد الزوجين بأقارب الزوج الآخر إلا أنها لا تربط بين أقارب كل من الزوجين ولا تربط كذلك بين الزوجين لأن ما يربطهما هو رابطة الزواج وليس المصاهرة .

وقرابة المصاهرة قرابة اعتبارية محدودة الأثر ومؤقتة بقيام سبب إنشائها إن كان لا يترتب على قيامها سوى التحريم المؤقت فلا يترتب عليها أثر بعد زوال سبب إنشائها بوفاة أحد الزوجين أو الطلاق

حساب درجة قرابة المصاهرة :

.... تنص المادة (٣٧) على أن :

أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزواج الآخر.

حدود القرابة :

لا يجوز للزوج أن يتزوج بأم أو بنت زوجته وكذلك لا يجوز له الزواج بزوجة ابنه وإن ترك وهذا التحريم مؤبد .

وهناك تحريم مؤقت كأن يجمع الزوج بين الأختين أو بين الزوجة وعمتها أو خالتها .

ولا تجوز الشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجة وخالتها أو عمتها والأقارب حتى الدرجة الرابعة ، والأصهار حتى الدرجة الثانية .

ولا يجوز للواهب الرجوع في هبته إذا كان لذي رحم أو كانت من أحد الزوجين للآخر . (م٥٥ مدني)

يجب رد الخبير إذا كان قريب أو صهر للخصوم حتى الدرجة الرابعة .

لا يجوز سماع شهادة الزوج على زوجته والأصل على فرعه أو العكس وأيضا صاحب العمل على عامله والعكس . (طعن ٥٠/٣٩ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٤)

فقد قضت محكمة النقض بأن " شهادة القرابات بعضها لبعض مقبولة عجا الأصل لفرعه والفرع

لأصله وأحد الزوجين لصاحبه . (الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/١١/١٩)

وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٤٣٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٦/٧ بأن " القانون لم يجعل صلة القرابة بين الشاهد والمشهود له وتمسك المشتري بقيام مانع أدبي بينه وبين البائع وهو أنه كان يعمل لديه دفاع جوهري . إغفال الحكم بحث هذا الدفاع قصور . (طعن ٣٧٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤) وبأنه " فترة الخطوبة تعد بذاتها مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي في شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وباقي حكمها من الهدايا المتعارف عليها ، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود " (طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٣/١٠)

ويجوز للشخص توكيل محام أو قريب حتى الدرجة الثالثة أو وكيل أعمال مرخص على أن تجدد له الرخصة كل سنتين ، وذلك للقيام بأعمال الشهر العقاري ومباشرة إجراءاته .

الحالة الدينية :

لا يعتبر الدين في كثير من الدول من مميزات الشخصية القانونية إذ أن القانون يطبق على الجميع

دون تفرقة بينهم على أساس الدين.

ولكن الأمر في بعض الدول- ومن بينها مصر- يختلف عنه في تلك الدول،إذ يترتب على انتماء

الشخص إلى ديانة معينة أثره بالنسبة إلى شخصيته القانونية،ومدى ما ينبت له من الحقوق وما يتحمل به من التزامات.

من ذلك مثلا ما تقضي به الشريعة الإسلامية من أنه،لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض فاختلاف الدين مانع من الإرث.على أن لانتماء الشخص إلى ديانة معينة أثره الواضح بصفة خاصة في الحدود التي يخضع فيها المواطنون لشرائعهم الدينية المختلفة وهى المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية فالنسبة للمسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية يخضع الأفراد لشرائعهم الدينية وهذا من شأنه يؤدى إلى اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوتهم في التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات نظرا لاختلاف الأديان بالنسبة لما جاءت به قواعدها في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية . (توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٦٠٧)

فللمسلم مثلا أن يتزوج بأكثر من واحد ، وله أيضا أن يطلق زوجته،ولكن ليس للمسيحي أن يعدد زوجاته بل وليس له أن يطلق زوجته في بعض المذاهب المسيحية وهو المذهب الكاثوليكي ، وحتى بالنسبة للمذاهب الأخرى فأنها لا تبيح الطلاق إلا في حالات محددة.وكذلك يحق للمسلم- طبقا للشريعة الإسلامية-أن يتزوج كتابية(مسيحية أو يهودية) ، ولكن ذلك لا يصح بالنسبة للمسيحي أو لليهودي... وهكذا.ولكن هذه حالات استثنائية لا تنفي القاعدة العامة في القانون المصري وهى أن الحالة الدينية لا تؤثر على المركز القانوني للشخص وأن الجميع لدى القانون متساوون في الحقوق والواجبات العامة.

ثالثا : المــــوطـــــن :

أهمية الموطن وأنواعه :

يعرف القانون الموطن بأنه " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة (م١/٤٠ مدني) فالموطن إذن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ، ويعتبر أنه موجود فيه دائما ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة ، وهذا يستلزم أن تكون هناك إقامة فعلية وأن يكون هناك استقرار ، أى إقامة مستمرة ، حتى ولو تحال هذه الإقامة فترات غيبة متباعدة أو متقاربة عن هذا المكان ، فإذا كان الشخص يقطن في مكان ما بصفة مؤقتة بحيث لا يمكن اعتباره مقرا ثابتا له كالإقامة في فندق مثلا لعدة أيام خلال رحلة سياحية فلا يعد هذا موطنا ، وإن كان الفندق في هذه الحالة يعد محل وجود للشخص خلال مدة بقائه فيه ، وهذا يعني أن مجرد الوجود أو السكن في مكان ما لا يجعل منه موطنا للشخص ، طالما أن هذا الوجود ليس مستقرا ، فعنصر الاستقرار ضروري لتوافر معنى التوطن ، وبهذا يكشف المشرع المصري عن اتجاهه الى الأخذ بالتصوير الواقعي للموطن ، دون التصوير الحكمي ، ذلك أن التصوير الحكمي لا يعتد بحقيقة الواقع ، ولكنه يفصل بين الموطن والإقامة الفعلية ، ويفرض رباطا صناعيا بين الشخص وبين مكان معين ، قد لا يقيم الشخص فيه عادة ، ويتحدد هذا المكان إما بمركز العمل الرئيسي ، وإما بموطن الشخص الذي ولد فيه ، أى موطن والديه ، ولو لم يكن له صلة به ، وهذا على خلاف التصوير الواقعي فهو الذي يعتد بالإقامة الفعلية للشخص مع قصد الاستقرار ، بحيث يتحدد الموطن بمكان الإقامة المعتادة ، وإذا كان الموطن – في ظل التصوير المصري – هو المكان الذي يقيم فيه الشخص على وجه مستقر ، وأن الاستقرار لا يقصد به اتصال الإقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة ، فإنه يترتب على ذلك نتيجتان : (١) قد لا يكون للشخص موطن ما ، كما هو الشأن بالنسبة للبدو الرحل الذين لا ستقرون في مكان واحد معين . (٢) يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن في وقت واحد ، ويتحقق ذلك إذا كان الشخص يقيم إقامة معتادة في الريف وفي مدينة من المدن ، أو كانت له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان منفصل عن مكان الأخرى والتصوير الواقعي للموطن يرتكز على الإقامة الفعلية ، إذ يحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وذلك تمشيا من مقتضيات الحياة العملية هذا التصوير يتفق مع ما تأخذ به الشريعة الإسلامية في تصويرها للموطن

ويتبين من هذا التصوير الواقعي للموطن أنه يجوز للشخص أن يغير موطنه باختياره ، وذلك إذا ما ترك موطنه الى مكان آخر يقيم فيه على وجه الاستقرار ، فيعتبر المكان الجديد موطنا له ، وإذا كانت إرادة الشخص هو التي تتحكم في تحديد الموطن إذ أنه يقيم حيث يريد ، فإن الأمر يختلف بالنسبة لأنواع الموطن التي بينها القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن "ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات من أن المقصود بلفظ الموطن – دون وصف في المادة المذكورة – هو الموطن العام للشخص وفقاً لأحكام القانون المدني وذلك رغبة في توحيد المصطلحات في قانون الموضوع وقانون الإجراءات، وإذ كان الموطن كما عنت به المادة ٤٠ من القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فإنه يكون بذاته – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – المقصود بالموطن الذي أوجبت المادة ٢١٤ من قانون المرافعات أن يلزم إعلان الطعن فيه للخصم ولما كان مكتب المحامي وفقاً لهذا التعريف لا يعتبر موطناً له فإن إعلانه بالطعن الخاص به في مكتبه يكون باطلاً" (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٠) وبأنه "لما كان الموطن كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وكان مكتب المحامي وفقاً لهذا التعريف لا يعتبر موطناً له، فإن إعلانه بالطعن في مكتبه يكون باطلاً عملاً بالمادتين ١١، ٢٤ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٣/٣)، وبأنه "الموطن وفق للمادة ٤٠ من القانون المدني إنما يتناول معناه في نطاق القانون الداخلي باعتباره رابطة بين الشخص ومكان معين بالذات في الإقليم الذي يقيم فيه عادة، دون اعتداد بما إذا كان الشخص الذي يحدد موطنه بمقتضاها ينتمي إلى جنسية الدولة التي توطن فيها أم لا، ويختلف عن فكرة الموطن في القانون الدولي الخاص التي تبنى على صلة تقوم بين الشخص وبين إقليم دولة معينة مؤسسة على الجنسية، تغلب عليها العلاقة الروحية وتخضع لمبدأ السيادة الإقليمية وتراعى فيها الاعتبارات السياسية ويترتب عليها أثرها في تمتع الأجانب بالحقوق أو بيان القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين، وهي آثار مغايرة لما تحققه للأجانب فكرة الموطن في سائر فروع القانون الداخلي من قبيل إعلان الأوراق القضائية أو تحديد الاختصاص المحلي، وبالتالي فلا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من انتفاء تقرير موطن للأجانب المقيمين في بلد لا ينتمون بجنسيتهم إليه" (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٨- ١٣٥٤)، وبأنه "النص في المادة ٤٠ من القانون لمدني على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة..." يدل على أن المشرع اعتد بالتصوير الواقعي للموطن – وعلى ما جرى بالمذكرة الإيضاحية – استجابة للحاجات العملية واتساقاً مع المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية التي أفصحت عنها المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادي وجعل المعول عليه في تعيينه بالإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط في الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة" (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٧/٦/١)، وبأنه "الرأي عند فقهاء الشريعة الإسلامية – وطبقاً لما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الموطن الأصلي هو موطن الإنسان في بلدته أو في بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيه مع أهله وولده، وليس في قصده الارتحال عنها، وهذا الموطن يتحمل التعدد ولا ينتقض بموطن السكن وفقاً لنص المادة العشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن "محل الإقامة هو البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه" (الطعن رقم ٣٨ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٧٧/١/١٢)، وبأنه "المقصود بتعريف الموطن في المادة ١/٤٠ من القانون المدني إنما هو الموطن في القانون الداخلي إلا أنه في تحديد الاختصاص الخارجي يطبق قاضي الموضوع قانونه الداخلي بشأن الموطن" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

وبأنه تحديد المكان الذي يقيم الشخص فيه عادة إقامة فعلية على نحو من الاستقرار بما يتحقق به الموطن الذي عرفته المادة ٤٠ من القانون المدني هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليه فيها من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً وله مأخذه من الأوراق" (الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٧)، وبأنه "جرى قضاء محكمة النقض على أن تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣)، وبأنه "الموطن هو المحل الذي يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد والاستيطان وأن تقدير توافر هذين العنصرين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وأما ما تمسك به الطاعن في شأن قوة البيانات الواردة بصحيفة إعلان دعواه إلى المطعون عليها الثالثة مردود بأن مجرد إعلان الصحيفة في المكان الذي أورده فيها لا ينهض حجة على اتخاذه موطناً لها وتوافر الاعتياد والاستيطان" (الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٣/١)، وبأنه "استقرار الإقامة في مكان معين مرده إلى نية الشخص التي يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية التي تختلف من دعوى إلى أخرى، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٧/٦/١) وبأن "تقدير عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الأمور الواقعية التي يقررها قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٥ ق وطعن ١٠٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/٥/٧) وبأنه "لا وجه لما يثيره الطاعن من أن الحكم لم يدلل على قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن، إذ أن ذلك من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/١١/٩)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "وإن كان مفاد المادة ٤٠ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة إقامة فعلية على نحو من الاستقرار على وجه يتحقق به شرط الاعتياد ولو تخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة. إلا أن تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها في الموطن استهداء بالمعايير السالفة من الأمور الواقعية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليه فيها لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً وله مأخذه من الأوراق" (الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٦)، وبأنه "تحديد المادة ٤٠ من القانون المدني للموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تصوير واقعي يرتكز على الإقامة الفعلية، ومؤدى ذلك إلا يعد المكان الذي يتلقى فيه الطالب العلم - دون أن يقيم فيه موطناً له" (الطعن رقم ٧٣ لسنة ٣٥ق وطعن ١٠٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧)، وبأنه "الرأي عند فقهاء الشريعة الإسلامية، على أن الموطن الأصلي هو موطن الإنسان في بلدته، أو في بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيها مع أهله وولده، وليس في قصده الارتحال عنها، وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص موطن السكن، وهو ما استلهمه المشرع حين نص في المادة ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن "محل الإقامة هو البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة" (الطعن رقم ١١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥)، وبأنه "حددت المادة ٤٠ من القانون المدني الموطن بأنه هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وهو تصوير واقعي لفكرة الموطن يرتكز على الإقامة الفعلية على نحو من الاستقرار يبلغ أن يكون عادة مع قيام النية على ذلك وهو أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٤ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/٢/١٦)

وبأنه مفاد المادة ٤٠ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة إقامة فعلية على نحو من الاستقرار وعلى وجه يتحقق به شرط الاعتياد، وكان تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن استهداء بالمعايير السالفة من الأمور الواقعية التي تخضع لسلطان قاضي الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليه فيها لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً وله مأخذه من الأوراق" (الطعن رقم ٩٩٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/٥/٥)، وبأنه "الموطن الأصلي في فقه الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو موطن الإنسان في بلدته أو في بلدة أخرى اتخذها داراً استوطن فيها مع أهله وولده وليس بقصد الارتحال منها وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكن وهو ما استلهمه المشرع حين نص في المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن "محل الإقامة هو البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً عادة فيه" فلم يفرض بين الموطن ومحل الإقامة العادي وجعل المعول في تعيينه الإقامة فيه بصفة مستقرة ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها في الموطن وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة. من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً" (الطعن رقم ٤٢ سنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٩)، وبأنه "نصت المادة ٤٠ من القانون المدني على أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فقد دلت على أن المشرع لم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادي وجعل المعول عليه في تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط في الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستمرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة، وإن تقدير عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع" (الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

ويجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وبالتالي يصح إعلانه في أي منهما :

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ٢/٤٠ من القانون المدني على أنه يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الشركة المطعون عليه أعلنت الطاعنين بصحيفة الدعوى في محل إقامتهم بمركز المنصورة وأن الطاعنين أنفسهم حين استأنفوا الحكم الصادر من محكمة أول درجة اتخذوا في صحيفة الاستئناف ذات البلدة موطناً أصلياً لهم، فإن هذا الموطن يظل قائماً ويصح إعلانهم فيه، وإذ وجه الخبير الدعوى إليهم في الموطن المذكور، فإن هذا الإجراء يكون صحيحاً ويكون النعي على الحكم بالبطلان – لمباشرة الخبير المأمورية في غيابهم دون إخطارهم في محل إقامتهم – غير سديد" الطعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)، وبأنه "مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ونص المادة الثانية من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ أن المشرع أخضع إيرادات الأجنبي للضريبة العامة على الإيراد إذا كان له موطن في مصر، وقد اعتبر الأجنبي متوطناً في مصر إذا اتخذ منها محلاً لإقامته الرئيسية أو كانت بها مصالحه الرئيسية وقد ساير المشرع في خصوص المعيار الأول معنى الموطن في القانون المدني المصري، إذ عرفته المادة ٤٠ من القانون بأنه المكان الذي يقيم الشخص فيه عادة، وهو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تصوير واقعي لفكرة الموطن يرتكز على الإقامة الفعلية المقترنة بعنصر الاستقرار أي بنية استمرار الإقامة على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد" (الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٣/٢/١٤)، وبأنه "الموطن الأصلي قد يتعدد في وقت واحد وفقاً لنص المادة ٢/٤٠ من القانون المدني. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنة لم يسبق لها الحضور أمام محكمة الاستئناف ولم تقدم مذكرة بدفاعها فقام المطعون ضده "المحكوم له" بإعلانها بالحكم المطعون فيه في محل إقامتها بعين النزاع بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٠ مخاطباً مع مأمور القسم لرفضه استلام صورة الإعلان

وإذا كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده سبق له إعلان الطاعنة بصحيفة الدعوى وبصحيفة الاستئناف في ذلك الموطن كما اتخذته الطاعنة موطناً لها بصحيفة الأشكال التي أقامته بطلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه وفي إقرار التنازل الصادر لها عن العين المؤجرة بتاريخ (......) ومن ثم فإن توجيه ورقة إعلانها بالحكم إلى عين النزاع باعتبارها موطناً أصلياً لها يكون إجراءاً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره ولا يقدح في ذلك أن يكون لها موطن آخر بالخارج حسبما تقرر بمذكرة دفاعها إذ ليس هناك ما يمنع قانوناً من أن يكون لها أكثر من موطن أصلي في وقت واحد. لما كان ذلك وكانت الطاعنة لم تودع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض إلا بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢٢ بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتعين القضاء بسقوط الحق فيه وذلك وفقاً لنص المادة ٢١٥ من قانون المرافعات" (الطعون أرقام ٢٦٩٦ لسنة ٥٦ق، ١٠٠ لسنة ٥٧ق، ٢٨٤١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٩)، وبأنه "يجوز عملاً أن يكون للشخص أكثر من موطن في وقت واحد فيصح إعلانه في أي منها" (الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)، وبأنه "تحديد موطن الأجنبي في حكم المادة الثانية من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ سواء باتخاذه مصر محلاً لإقامته الرئيسية أو لوجود مصالحه الرئيسية بها، هو مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة" (الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٣/٢/١٤)

المـوطـــن الخـــاص :

الأنواع المختلفة للموطن الخاص :

إلى جانب الموطن العادي أو الأصلي بين القانون أنواعا خاصة من الموطن،هي موطن الأعمال وموطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات والموطن المختار.

(١) موطـــن الأعمـــال :

نصت المادة ٤٢مدني على أن يعتبر للسكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

وموطن الأعمال يعتبر موطناً خاصاً مقصوراً على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص، لأنه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معينة، وبذلك يتعدد الموطن، إذ أنه إلى جانب الموطن الأصلي أو العادي للشخص والذي يتحدد على أساس الإقامة العادية في مكان ما على وجه الاستقرار، يقوم هذا الموطن الخاص بإدارة الأعمال المتعلقة بتجارته أو بحرفته، وهي ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص. وقد قصد من وراء ذلك التيسير على المتعاملين، فضلاً عما فيه من مطابقة للواقع. ونتيجة لذلك، ينبغي أن يراعى أنه طالما كان موطن الأعمال موطناً خاصاً بما يتعلق بأعمال التجارة أو الحرفة على هذا النحو، فإنه ينبغي أن يكون مقصوراً على هذه الناحية من نشاط الشخص، وأما بالنسبة لسائر الأعمال الأخرى، فإنه يخاطب بشأنها في موطنه العادي، باعتباره الأصل العام الذي يرجع إليه دائماً إذا لم يوجد ما يعين خلافه ، وإذا كان موطن الأعمال يعتبر موطناً خاصاً بالنسبة للأعمال المتعلقة بالتجارة أو الحرفة، فإنه ينبغي أن يراعي أن المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً له. (الدكتور توفيق فرج – مرجع سابق – المدخل)

وقد قضت محكمة النقض بأن "موطن الشخص، كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه عادة. ومن ثم لا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطناً له. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه بتقرير الطعن في مكان وظيفته باعتباره مأموراً لإصلاحية الرجال مخاطباً مع أحد الموظفين معه لغيابه، مع أن الدعوى أقيمت عليه بصفته الشخصية، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلاً" (نقض مدني، في ١٩٥٢/٢/٧ طعن رقم ١٨٦ لسنة ١٩ق مجموعة المكتب الفني س٣ رقم ٧٦ ص٤٤٤)

وموطن الأعمال يظل قائماً ما بقي النشاط التجاري مستمراً وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه :

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٤١ من القانون المدني على أن يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة وفي المادة ٩٤٧ من قانون المرافعات على أن تختص المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها آخر موطن للمورث بتعيين مصفى للتركة وعزله واستبدال غيره وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن مفهوم الموطن في حكم المادة ٩٤٧ من قانون المرافعات ينصرف إلى المكان الذي يقيم فيه المورث قبل وفاته لا إلى المكان الكائن به محل تجارته لأن المشرع وإن أجاز في المادة ٤١ من القانون المدني اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطناً للتاجر بجانب موطنه الأصلي للحكمة التي أفصح عنها من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع تستجيب لحاجة المتعاملين إلا أن إعمال هذه القاعدة يبقى ما بقي النشاط التجاري مستمراً وله مظهره الواقعي فإن توقف أو انتهى انتفت الحكمة من تطبيقها" (الطعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٤/٩)، وبأنه "تجيز المادة ٤١ من القانون المدني اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطناً للتاجر بجانب موطنه الأصلي للحكمة التي أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين. فإذا كان الثابت أن أمر الأداء الذي أعلن للطاعن في محل تجارته بالقاهرة قد صدر في شأن يتعلق بالتجارة التي كان يباشرها وقت الإعلان فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلية بالسعودية وأنه غادر محل إقامته في مصر لأن الإقامة الفعلية ليست عنصراً لازماً في موطن الأعمال الذي يظل قائماً ما بقي النشاط التجاري مستمراً وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه. وإذ كان الجدل حول قيام هذا النشاط هو جدل في تقدير موضوعي بحسب الحكم المطعون فيه إن أورد الأدلة المسوغة له فإن إعلان أمر الأداء يكون قد وقع صحيحاً" (الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)، وبأنه "غلق المحل التجاري وقت الإعلان لا يفيد بذاته إنهاء النشاط التجاري فيه" (الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)، وبأنه "تجيز المادة ٤١ من القانون المدني اعتبار محل التجارة بالنسبة للأعمال المتعلقة بها موطناً للتاجر بجانب موطنه الأصلي للحكمة التي أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع، وتستجيب لحاجة المتعاملين، ولا تعتبر الإقامة الفعلية عنصراً لازماً في موطن الأعمال الذي يظل قائماً ما بقي النشاط التجاري مستمراً وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه" (الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/٤/١)

ولا تعد الأماكن الملحقة بالنشاط الحرفي أو التجاري موطناً لإدارة الأعمال :

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أنه يوجد إلى جانب الموطن الذي يعينه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه، ثلاثة أنواع من المواطن: أولاً: موطن أعمال يكون مقصوراً على ناحية معينة من نواحي نشاطه الشخصي ويقتصر جواز الإعلان فيه على الإعلان الذي يتعلق موضوعها بإدارة النشاط الذي يباشره فيه المعلن إليه. ثانياً: موطن قانوني ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيه عادة كما هو الحال في حالة القاصر والمحجور عليه. ثالثاً: محل مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين" (الطعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦)، وبأنه "إن النص في الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أن "يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي" وفي المادة ٤٠ من القانون المدني على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. وفي المادة ٤١ من ذات القانون على أنه "يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة" فكل ذلك يدل على أن المشرع قد اعتد بالتصوير الواقعي للموطن فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادي وجعل المعول عليه في تعيين الموطن الإقامة المستقرة، بمعنى أنه يشترط في الموطن أن يقيم الشخص فيه على وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد

وإضافة للموطن الأصلي، اعتبر المشرع المحل أو مركز إدارة نشاط التاجر أو الحرفي الذي يزاول فيه نشاطه موطناً له بالنسبة للخصومات المتعلقة بهذه أو تلك فيصح إعلانه فيه بكافة الأمور المتعلقة بها طالما أن مباشرته لتجارته أو حرفته فيه له مظهره الواقعي الذي يدل عليه، بأن يكون المكان هو مركز نشاط التاجر أو الحرفي الذي يتواجد به على نحو يتوافر فيه شرط الاعتياد ويدير منه أعماله المتعلقة بالتجارة أو الحرفة فلا تعتبر الأماكن الملحقة بالنشاط التجاري أو الحرفي كالمخازن وأشباهها التي لا يدار منها النشاط على نحو معتاد موطناً لإدارة الأعمال وإنما يكون الموطن الذي يصح الإعلان فيه هو مكان إدارة النشاط لأنه هو الذي يتواجد به التاجر أو الحرفي على وجه يتحقق به شرط الاعتياد" (طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/١/٨)

(٢) موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات :

رأينا أن الموطن العام لعديمي الأهلية وناقصيها، بصفة عامة، يتحدد بصفة إلزامية بموطن من ينوب عنهم. ويرجع هذا التحديد للموطن الإلزامي من جانب المشرع إلى عدم قدرة هؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية التي تخصهم، بأنفسهم. ولكن القانون قد يبيح لهؤلاء القيام ببعض التصرفات القانونية على سبيل الاستثناء، كما سنرى، وبالتالي يعتبر أنهم كاملوا الأهلية بالنسبة لتلك التصرفات التي يباح لهم القيام بها. ولذلك يكون من الطبيعي أن يتحدد لمثل هؤلاء موطن خاص بالنسبة للحالات التي يعتبرون فيها كاملي الأهلية، إلى جانب الموطن العام الذي يتحدد بموطن من ينوب عنهم ، ومن أجل هذا وضع القانون المصري قاعدة خاصة في شأن القاصر الذي بلغ ثماني عشر سنة، ومن في حكمه، فقرر أنه بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها يكون له موطن خاص، غير موطن وليه أو وصيه. ومعنى ذلك أن للقاصر في هذه الحالة موطناً خاصاً بالنسبة لما هو أهل لمباشرته من تصرفات وهو يتحدد على أساس إقامته العادية، وطبقاً لقواعد تحديد الموطن بصفة عامة، في صدد موطن الأعمال، أو الموطن المختار. وفيما عدا ذلك يكون موطنه الأصلي هو موطن وليه أو وصيه. وما من شك في أن اعتبار الشخص كامل الأهلية بالنسبة لبعض التصرفات، يجعل تحديد الموطن يتم طبقاً للقواعد العامة. فقد يتحدد تحديداً إرادياً بمحل الإقامة الفعلية، وقد يتحدد على أساس موطن العمل الذي أذن له بمباشرته من تجارة أو حرفة أو بالموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني معين من التصرفات التي أذن له بمباشرتها.

وقضت محكمة النقض بأن "النص في المادتين ٦٢ و٦٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفي الفقرة الثانية من المادة ١١١ من القانون المدني يدل على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن فيه. (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

(٣) الموطـن المختـــار :

هو المكان الذي يختاره الشخص بإرادته لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين. كأن يبرم شخص مع آخر عقدا من العقود وينص فيه على أن المنازعات المترتبة على هذا العقد يعتد بشأنها بالموطن المبين في العقد كأن يختار الشخص مكتب محاميا ليعلن فيه مثلا. وقد نصت المادة ٤٣مدني على أنه يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين"

ونظرا لأن الموطن المختار فيه خروجا على الأصل الذي يجعل موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة،وأنه يقتصر على تنفيذ عمل قانوني معين، لذلك اشترط القانون بالكتابة (م٢/٤٣مدني) أيا كانت قيمة العمل القانوني المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة، وذلك ضمانا لاستقرار وحسن تنفيذ الأعمال القانونية، وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن . وهذا الموطن المختار هو موطن خاص،فهو يخص أعمالا قانونية معينة

ومن ثم لا يعتد به إلا بالنسبة لتلك الأعمال،والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل،بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر الموطن على أعمال دون أخرى (م٢/٤٣مدني) . ويستمر الموطن المختار قائما إلى حين تنفيذ العمل، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك ، ويستمر كذلك بالنسبة لورثة الشخص بعد وفاته.وغنى عن البيان أنه إذا كان الموطن المختار قد تقرر بعقد فلا يجوز المدول عنه أو تغييره قبل تمام العمل القانوني المتعلق به ، أو باتفاق جديد.(د.فتحي عيد الرحيم عبد الله. دروس في مقدمة العلوم القانونية (نظرية الحق). مكتبة الجلاء،طبعة ١٩٧٨،ص٩٦ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ – الذي رفعت الدعوى في ظله – تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو مسكن في مصر "إذا كانت الدعوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود في مصر أو كانت ناشئة عن عقد إبرام أو نفذ أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها" وكان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندي الذي فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسله المحدد في خطاب الاعتماد والذي فوضه دون غيره في القيام بكل ما يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد، فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري وهو ما تكون معه المحاكم المصرية هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض باعتباره قانون محل التنفيذ الذي يحكم العقد ويكون صحيحاً إعلان الطاعن بالحجز في موطن هذا المراسل باعتباره موطناً مختاراً" (الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)، وبأنه "لما كان الثابت.. أن الطاعنين اتخذوا في صحيفة افتتاح الدعوى موطناً مختاراً مكتب محاميهم... وكانت المذكرة المقدمة من المطعون ضدها... أمام المحكمة الاستئنافية قد أعلنت إليه وكان توكيل الطاعنين لمحام آخر أثناء نظر الاستئناف لا ينهض دليلاً على إلغاء موطنهم المختار السابق فإنه يصح إعلانهم فيه طالما لم يخبروا المطعون ضدها بهذا الإلغاء طبقاً لما توجبه المادة ١٢ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣)، وبأنه "مفاد نص المادتين ١/١٠ من قانون المرافعات و١/٤٣ من القانون المدني، هو جواز إعلان الخصم في الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين متى كان هذا الموطن المختار ثابتاً بالكتابة وكان الإعلان متعلقاً بهذا العمل، ما لم يفصح المراد إعلانه كتابة عن إلغاء هذا الموطن، وإذا كان الثابت بالأوراق أن إعلان الطاعنين بصحيفة الدعوى وجه إليهم في مكتب وكيلهم المطعون عليه الأول والمطعون عليه الثاني بصفته وكيلاً عنهم، وكان هذا الإعلان متعلقاً بهذا الاتفاق وكان الطاعنون لم يفصحوا عن إلغاء هذا الموطن المختار ولم يقدموا دليلاً على علم المطعون عليه الأول بقيام نزاع بينهم وبين المطعون عليه الثاني وإنهائهم للتوكيل الصادر منهم له قبل تحرير الاتفاق المشار إليه أو إعلانهم بصحيفة الدعوى في موطنهم المختار، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون على غير أساس" (الطعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨)، وبأنه "متى عين المحكوم له بورقة إعلان الحكم محلاً له غير محله الأصلي، فإن ذلك يعتبر إيذاناً باتخاذه محلاً مختاراً يقوم مقام المحل الأصلي في إعلان الأوراق الخاصة بالحكم ومنها الطعن" (الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٩)، وبأنه "الأصل أن يتم تسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه الأصلي ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون. وصدور توكيل من أحد الخصوم لمن وكله من المحامين التي بينها القانون. وصدور توكيل من أحد الخصوم لمن وكله من المحامين بمقتضى توكيل عام أو خاص بجعل موطن الوكيل معتبراً في إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى في درجة التقاضي الموكل هو فيها، وهو ما أفصحت عنه المواد ١١ و٨١ و٨٣ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

وبأنه الأصل هو وجوب تسليم الأوراق المقتضى إعلانها لنفس الخصم أو لمحلة وفقاً للمادة ٧٥ مرافعات (قديم) وإذن فمتى كان الواقع أن الطاعن اتخذ مكتب أحد المحامين محلاً مختاراً له في دعوى قسمة فإنه لا يجوز إعلانه بدعوى الشفعة في مكتب المحامي المذكور بحجة أن هذه الدعوى لاحقة لدعوى القسمة ببضعة أيام وأن توكيل المحامي المذكور هو توكيل عام يشمل جميع القضايا متى كان من المسلم أن هذا التوكيل إنما صدر إلى المحامي المذكور في خصوص دعوى القسمة وقبل أن تقام دعوى الشفعة ببضعة أيام، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر إعلان دعوى الشفعة صحيحاً رغم تسليم ورقته لمحامي الطاعن في دعوى القسمة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٢١٢ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)، وبأنه "تنص المادة ٤٣ من القانون المدني على أنه "١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ٢- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل" وتنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على أنه "تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون"، لما كان ذلك وكان قول الطاعن أن إقامته في الخارج تعد بمثابة اتفاق ضمني على تغيير الموطن المختار المتفق عليه بعقد الإيجار مردود بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون المرافعات من أنه "إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه"، وبما جرى به قضاء هذه المحكمة من أنه إذا كانت المادة ٤٣ من القانون المدني تشترط الكتابة لإثبات الموطن المختار، فإن أي تغيير لهذا الموطن ينبغي الإفصاح عنه بالكتابة وإلا صح الإعلان في ذلك الموطن ولو ثبت تغييره فعلاً وعلم طالب الإعلان بذلك، لما كان ما تقدم، فإن النعي يكون" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا عين الخصم محلاً له غير محله الأصلي فإن ذلك يعتبر إيذاناً باتخاذه محلاً مختاراً يقوم مقام المحل الأصلي في إعلان الأوراق المتعلقة بالدعوى، وإذ كان البين من الأوراق أن الطاعن قد عين محله بالعين المؤجرة. في الدكان رقم (.....) بمنطقة السوق بالمعمورة وذلك بصدر صحيفة الاستئناف، وهو ذات الموطن الذي تم إعلانه فيه بصحيفة افتتاح الدعوى أمام محكمة أول درجة وأفصح عن هذا الموطن صراحة عند إيداع صحيفة الطعن بالنقض فأشار في طلب الإيداع أنه يقيم بالإسكندرية رقم (......) بمنطقة السوق بالمعمورة ومن ثم فإنه وجه إليه الإعلان الصادر من قلم كتاب محكمة الاستئناف في هذا المحل متضمناً إخطاره بورود التقرير وتحديد جلسة لنظر الدعوى فإنه يكون قد تم صحيحاً ولا يغير من ذلك أن الطاعن قد اتخذ له موطناً أصلياً بعقد الإيجار خلاف المحل الواقع بالعين المؤجرة – محل النزاع – أو اتخاذه مكتب محاميه موطناً مختاراً آخر في صحيفة استئنافه إذ ليس هناك ما يمنع قانوناً من تعدد الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين" (الطعن رقم ١٨٣ لسن ٥١ق جلسة١٩٨٩/١/١٨)

رابعا : الذمة المالية للشخص الطبيعي :

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية.

وسوف نتناول الذمة المالية لاحقا .

خامســـا : الأهليـــــة :

من لوازم الشخصية القانونية الأهلية ، وللأهلية جانبين :

الأول : هو أهلية الوجوب وتعنى صلاحية الشخص أو قابلية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام.

الثاني : أهلية الأداء وتعنى قدرة أو صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات التي تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام.

١- أهليـــــة الوجـــــوب :

المقصود بأهلية الوجوب :

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، أي صلاحيته لأن يكون طرفاً إيجابياً أو طرفاً سلبياً في الحقوق. وهي ترتبط بالشخصية القانونية، فكل شخص له أهلية وجوب، أي يصلح لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه. وهذا يثبت له بمجرد الولادة. بل إن الجنين - كما قدمنا - يمنح أهلية وجوب ذات نطاق محدود، تترتب له بمقتضاها بعض حقوق يقررها القانون. وتعترف القوانين الحديثة للأشخاص جميعاً بأهلية وجوب، إذ أن عدم الاعتراف بها يعني عدم الاعتراف لهم بالشخصية القانونية، وهذه القوانين لم تعد تنكر الشخصية القانونية على الأشخاص، بعد أن زال نظام الرق ونظام الموت المدني فلا يوجد في الوقت الحاضر عدم أهلية وجوب عام، لأن هذا يعني إنكار الشخصية القانونية للإنسان، وهذا لا يوجد. (توفيق فرج - المرجع السابق)

وإذا كانت أهلية الوجوب تثبت لجميع الأشخاص في الوقت الحاضر نظراً للاعتراف لهم جميعاً بالشخصية القانونية، فإن نطاق هذه الأهلية، أي مدى صلاحية الأشخاص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، يتفاوت بحسب ظروف كل منهم. وقد رأينا أن مدى ما يمكن أن يثبت للشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات يختلف باختلاف حالته السياسية أو العائلية أو الدينية وإذا كان الفقه قد جرى في هذا الصدد على القول بأن أهلية الوجوب هي الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية، ويربطون بذلك بين الشخصية وأهلية الوجوب، وتبعاً لذلك يرون أن الشخصية تكون ناقصة إذا لم تكن لها أهلية وجوب كاملة، فالجنين مثلاً شخصية ناقصة لأن أهلية وجوبه ناقصة (وقد قال بهذا عدد كبير من الفقه نكتفي بالإحالة إلى من أشار إليهم حسن كيرة، السابق ص٧٠٨ هامش ١، سليمان مرقص ط٤ ص٥٥٢ بالهامش)

ولكن فريقاً آخر من الفقه يفرق في هذا الصدد بين الشخصية وأهلية الوجوب. فالشخصية تثبت لجميع الأشخاص، بل وتثبت أيضاً، على سبيل الاستثناء، للجنين، وهي تثبت لهم كاملة. أما مدى صلاحية هذه الشخصية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، أي أهلية الوجوب، فإنها تتفاوت من شخص إلى خر حسب ظروفه، وتبعاً لذلك ينتقدن القول بأنه توجد شخصية ناقصة وإنما الأفراد جميعاً يتساوون في الشخصية، أي يتساوون في مبدأ صلاحيتهم لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإن كان اختلافهم في قدر ما يمكن نسبته إلى كل منهم من حقوق أو التزامات يفرق بينهم من حيث مدى الصلاحية

وهذا المدى المقصود أساساً بأهلية الوجوب، وهو الذي يمكن أن يكون كاملاً أو ناقصاً (أنظر حسن كيرة: السابق "فقرة ٢٧١ ص٧٠٧ وما بعدها، سليمان مرقص، السابق (ط٢) ص٧٩-٣٨٠ بالهامش، وط٤ ص٥٥٢، وأنظر كذلك Marty at Raynaud بند ٧٩١ ص ١٠١٥)

والواقع أنه لا ضير من هذا التعبير عن الشخصية القانونية بأهلية الوجوب واستعمال عبارة أهلية الوجوب مرادفاً للشخصية. ويقال إن الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ذلك أن الشخصية تثبت لكل شخص من وقت الولادة وتنتهي بالوفاة، مع مراعاة حقوق الحمل المستكن كما قدمنا، وثبوت الشخصية معناه صلاحية الشخص خلال مدة قيامها لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات. أي أن له أهلية وجوب فلكل شخص شخصية قانونية. أي أن له أهلية وجوب. وهذا مسلم به في القوانين الحديثة، وقيام أهلية الوجوب مرتبط بقيام الشخصية، وللشخص أهلية وجوب منذ أن يعترف له بالشخصية القانونية ، ولكن لما كان كل شخص يختلف عن الآخرين بالنسبة لما يمكن أن يكتسب من حقوق وما يتحمل به من واجبات، نظراً لاختلاف الظروف المحيطة بكل شخص ومركزه، وحالته بصفة عامة، فإن نطاق شخصيته أو نطاق أهلية الوجوب يتحدد بمقدار ما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات، وهذا يعني اختلاف هذا النطاق من شخص إلى آخر ، ولذلك يمكن القول بأن للجنين شخصية ولكن نطاق هذه الشخصية يتحدد بما يثبت له من حقوق يقررها القانون، أي أن له أهلية وجوب محدودة بما يقرره له القانون، وكذلك يمكن أن يقال بالنسبة للأجنبي أن له شخصية قانونية أو أهلية وجوب. ولكن نطاق هذه الشخصية أو الأهلية محدد بما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات ، وهنا يتبين لنا أن الشخصية القانونية لا ينبغي أن توصف بأنها ناقصة أو قاصرة أو محدودة وكذلك الأمر بالنسبة لأهلية الوجوب، لأنه ينبغي التسليم لكل شخص بالشخصية القانونية أو بأهلية الوجوب. وكل فكرة منهما لا تتجزأ، وإنما ما يوصف أنه محدود هو نطاق الشخصية أو نطاق أهلية الوجوب، فيقال أن للشخص شخصية قانونية ذات نطاق محدود أو أهلية وجوب ذات نطاق محدود. فلكل شخص أهلية وجوب نظراً لأنه يتمتع بالشخصية القانونية، والأفراد جميعاً يتساوون في هذا. ولكن نطاق هذه الأهلية يختلف باختلاف ظروف كل منهم ، وفيما عدا الحقوق السياسية التي يحدد القانون الشروط اللازمة للتمتع بكل منها، وبالتالي مدى صلاحية كل شخص لممارستها، فإن الأصل هو أن يكون للأشخاص أهلية الوجوب بالنسبة للحقوق الأخرى، ما لم يقض القانون بغير ذلك، أي ما لم يمنع الشخص من التمتع بحق من الحقوق، فإذا كان لكل شخص حق التملك، فإنه قد لا يكون للأجانب حق تملك العقارات، أو لا يجوز تملكها إلا في حدود معينة. وإذا كان الشخص غير أهل لتلقي الحق، فلا يجوز أن ينوب عنه غيره في ذلك. ولهذا لا يكون لأي شخص أن يشتري عقاراً باسم الأجنبي ولحسابه، إذا كان قانون البلد يمنع الأجانب من هذا التملك. كما لا يجوز هذا الشراء باسم الأجنبي ولحسابه خارج النطاق الذي يحدده القانون بالنسبة لتملك الأجنبي.

٢- أهليـــــة الأداء :

المقصود بأهلية الأداء :

هي صاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه آثاراً قانونية، أو هي صلاحيته للقيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه. هذه الصلاحية لا تثبت لجميع الأفراد، إذ ليس لكل منهم القدرة على التعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه نتائج قانونية وهذا يختلف عن أهلية الوجوب. فإذا كان لكل شخص صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وأن نطاق هذه الصلاحية يتفاوت بتفاوت ظروف كل منهم، إلا أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لأهلية الأداء. إذ يلزم لوجود أهلية الأداء أن يتوافر لدى الشخص قدر من التمييز يجعله قادراً على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية.

ولما كانت أهلية الأداء هي القدرة على التعبير عن الإرادة أو قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه، فإن نطاق هذه الأهلية يتحدد بالتصرفات القانونية وحدها. سواء أكانت هذه التصرفات تتم بإرادة واحدة كالوعد بجائزة أو الوصية أم كانت تتم بإرادتين كالعقود المختلفة مثل البيع والإيجار. وإذا قلنا أن أهلية الأداء لازمة لإبرام التصرفات القانونية، فهذا يعني استبعاد الأعمال المادية. ذلك أن الأعمال التي تصدر عن الإنسان إما أن تكون أعمالاً قانونية، أي تصرفات، وهي التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وفي ترتيب آثارها، وإما أن تكون أعمالاً مادية لا تحتاج إلى الإرادة، وإنما يرتب عليها القانون آثاراً قانونية، حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثار. أي أن القانون يرتب على الأعمال المادية آثاراً معينة، سواء قصدت إرادة الأفراد إلى ترتيب هذه الآثار أو لم تقصد، وقد رأينا أن الأعمال المادية، نافعة كانت أم ضارة، تعتبر مصدراً من مصادر الالتزام. ففي حالة الفعل النافع يلتزم كل من يثرى على حساب الغير دون سبب مشروع بتعويض هذا الغير عما لحقه من خسارة ولو كان المثرى غير مميز. كما أنه في حالة الفعل الضار، يلتزم من يرتكبه بتعويض المضرور، سواء ترتب الضرر عن عمد أو ترتب بدون قصد ممن وقع منه، أي كان نتيجة إهمال في كل هذه الحالات يلتزم الشخص بحكم القانون، لا بناء على إرادته. وإذا كانت الإعمال المادية لا تستلزم تدخل الإرادة لترتيب آثارها القانونية على النحو السابق، فإن الكلام في أهلية الأداء يقتصر على التصرفات القانونية، سواء تعلق الأمر بالتصرفات التي تتطلب لإتمامها إرادة واحدة وتلك التي تتطلب لإتمامها وجود إرادتين. (الدكتور توفيق فرج – مرجع سابق – السنهوري- مرجع سابق)

تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء:

تنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى أقسام ثلاثة: ١- فقد تكون التصرفات التي يباشرها الشخص تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التصرفات التي يترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل، مثل قبول الهبة. فالذي يقبل الهبة يغتني دون أن يدفع مقابلاً لذلك. ٢- وقد تكون التصرفات التي يباشرها الشخص ضارة ضرراً محضاً، وهي التصرفات التي يترتب عليها افتقار الشخص دون مقابل كالهبة بالنسبة للواهب، إذ أنه يترتب عليها إخراج شيء من ماله دون مقابل. وكذلك الوصية بالنسبة للموصي، ويطلق على هذه الأعمال أعمال التبرع. ٣- وقد تكون التصرفات التي يباشرها الشخص تصرفات تدور بين النفع والضرر، وهي تصرفات تقوم على احتمال الكسب والخسارة، مثل عقود البيع والإيجار. فالبائع قد يبيع بثمن لا يحقق له ربحاً، ولكنه يحقق له خسارة في بعض الأحيان، وبالعكس، فقد يبيع في ظروف أخرى يحقق ربحا، وهكذا. وكذلك الشأن في حالة الإيجار وغيره من التصرفات الأخرى التي تحتمل الربح والخسارة. ويراعى في هذا الصدد أن التصرفات إذا تمت بقصد استغلال الشيء واستثماره فقط، كما في حالة الإيجار، تسمى أعمال الإدارة. (الدكتور توفيق فرج – المرجع السابق)

مراحـــل الأهليـــة :

لما كانت الأهلية هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فإن هذا يقتضي أن تكون إرادته إرادة واعية مدركة ما تقدم عليه وما نتجه إلى إحداثه من آثار قانونية ولذلك كان مناط الأهلية هو التمييز ويفرق في حيازة الشخص بين مراحل ثلاث في مرحلة أولي يكون الشخص غير مميز،وفي مرحلة ثانية يكون قد بدأ تمييزه ولكنه لم يكتمل

وفي مرحلة ثالثة يكون قد اكتمل بلوغه وتعرض لكل من تلك المراحل فيما يلي :

المرحلة الأولي : وتبدأ من تاريخ تمام الولادة حتى بلوغ سن التمييز(الصبي غير المميز) :

وقد حدد المشرع المصري سن التمييز صراحة بسبع سنوات . أما المشرع اللبناني فلم يحدد هذه السن ولذلك فتحديدها متروكا للقاضي ويستهدى القضاء اللبناني في ذلك بما جاء في مجموعة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.وتحدد هذه المجموعة سن التمييز بسبع سنوات كما هو الحال في القانون المصري.وقد اعتبر القانون هذه المرحلة مرحلة انعدام للتمييز،وخلص من ذلك إلى منع الصغير من مباشرة كافة التصرفات القانونية فإن التصرف بالمخالفة لهذا الحظر اعتبر تصرفه باطلا بطلانا مطلقا،ويستوي في ذلك أن يكون التصرف نافعا محضا كقبول الهبة أو دائرا بين النفع والضرر كالبيع، أو ضارا ضررا محضا كهبة المال للغير.ونظرا لأن البطلان يعنى انعدام التصرف واعتباره غير قائم منذ نشأته فقد قرر المشرع امتناع تصحيح العقد بالأجازة كما أباح لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالبطلان كما أباح للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.ويقوم الولي (الأب أو الجد الصحيح) أو الوصي (الذي يختاره الأب أو تعينه المحكمة)بإدارة أموال الصبي غير المميز لمصلحته ونيابة عنه.

المرحلة الثانية : وتبدأ بلوغ السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشد (الصبي المميز).:

وقد حدد المشرع اللبناني سن الرشد بثمانية عشر سنة. أما المشرع المصري فقد حددها بواحد وعشرين عاما.

وقد قدر المشرع إن مكنه التمييز تبدأ في هذه المرحلة ، لذلك أجاز للصغير أن يجري بعض التصرفات ومنعه من إجراء بعضها الأخر وذلك على ضوء درجة الخطورة التي يمثلها التصرف بالنسبة للشخص،ثم توسع في نطاق التصرفات الجائزة مع تقدم السن على ما سترى .

المبدأ الذي يحكم تصرفات الصغير المميز: يجوز للصغير في هذه المرحلة أن يباشر التصرفات النافعة نفعا بحتا أي أن يقبل الهبة مثلا وقد نصت على ذلك المادة١١١مدني مصري والمادة ٥١٧ موجبات لبناني.

أما تصرفاته الضارة ضررا محضا فتقع باطلة بطلانا مطلقا وقد نصت على ذلك صراحة المادة١١١من القانون المدني المصري،ويتجه الرأي إلى ذلك أيضا في لبنان رغم أن نصوصه لا تفرق بين التصرفات الضارة ضررا محضا وغيرها من التصرفات. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقع باطلة بطلانا نسبيا(قابلة للبطلان) في جميع الأحوال في القانون المصري بمعنى أن تظل صحيحة إلى أن يحدث أحد أمرين:أن يتمسك ببطلانها القاصر أو من ينوب عنه أو أن يجيزها الولي أو الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد.(عبد الحكم فوده ص٣١ ما بعدها)

ويرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات المحددة التي تكتمل فيها أهلية الصغير وهناك من الحالات ما يأخذ فيها ناقص الأهلية حكم الشخص الذي كملت أهليته بالنسبة لأنواع من التصرفات بينها القانون فتكون له أهلية في الحدود التي يبينها القانون بصدد كل حالة من الحالات التي ذكرها ونعرض لتلك الحالات فيما يلي:

١- القاصر المأذون له بالإرادة : نصت المادة١٢ من القانون المدني على أنه""إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره،وأذن له في تسلم أمواله لإرادتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون وقد جاء قانون الولاية على المال مبينا للأحكام المتعلقة بالقاصر المأذون.

وطبقا لما قرره قانون الولاية على المال في هذا الشأن يتعين أن يكون القاصر قد بلغ سن١٨سنة وأن يكون قد أذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وهذا الإذن قد يصدر من الولي ويتم ذلك بإشهاد لدى المورث. وقد يصدر في المحكمة بعد سماع أقوال الوصي، وذلك في حالة ما إذا كان للقاصر وصي. والأهلية التي تمنح للقاصر في هذه الحالة هي أهلية الإدارة فقط؛ فيعتبر كامل الأهلية بالنسبة لأعمال الإدارة وهى الأعمال التي تتعلق بحفظ المال الذي سلم إليه،وباستغلاله عن طريق تأجيره مثلا وتبعا لذلك فإنه لا يملك التصرف في هذا المال الذي هو أصل الحق.وقد بين قانون الولاية على المال الحدود التي تكمل فيها أهلية القاصر المأذون له بالإدارة.ويتبين من الأحكام الواردة في هذا الصدد أن أهليته بالنسبة لأعمال الإدارة ليست مطلقة بل هناك بعض أعمال قد استبعدت ، رغم أنها تعتبر من أعمال الإدارة .فبعد أن بينت المادة ٥٦من القانون للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وأن له أن يبقى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال،قررت أنه لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد علي سنة ، وأنه ليس له أن يبقى الديون الأخرى (غير الديون المترتبة على أعمال الإدارة) ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر.ولكن إذا لم يكن للقاصر أن يقوم بهذه الأعمال من تلقاء نفسه فانه يملك مع ذلك القيام بها حتى حصل على إذن من المحكمة أو من الموصى في حدود ما يملكه الوصي من هذه الأعمال،وإذا كان القاصر مشمولا بالولاية يتعين عليه الحصول على إذن وليه بالنسبة لهذه الأعمال.ويحصل القاصر على إذن من الولي أو الوصي أو المحكمة في كل حالة بذاتها حتى يتحقق معنى الإشراف الذي يقصد من الإذن. (توفيق حسن فرج ص٦٣٦-عبد المنعم البدراوي ص١٥٥)

وإلى جانب ما سبق حظرت المادة٥٦ على القاصر المأذون " أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا ، والمقصود بصافي دخله في هذه الحالة هو صافي دخل ما يملك من أموال،ولا يقصد به الدخل الذي يأتيه عن طريق ما يكسبه من عمله،لأن له كامل الأهلية بالنسبة لما يكسبه من عمله إذا بلغ السادسة عشرة من عمره .

هذا ولما كان المقصود من أهلية الإدارة التي تمنح للقاصر على النحو السابق،إنما هي التجربة وإعداده لتسلم أمواله نهائيا عند بلوغه سن الرشد فقد وضع القانون عليه رقابة من شأنها أن تؤدي إلى الحد من الإذن أو سحبه نهائيا. فقد أعطي القانون الولي الحق في أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد لدي الموثق كما أوجب كذلك على القاصر المأذون له في الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصي،وللحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شئ منه إلا بإذن منها.وقد أجاز القانون للمحكمة-سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن- أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله ، وذلك في حالة ما إذا قصر في تقديم الحساب سالف الذكر أو في حالة ما إذا أساء التصرف في إدارته أو إذا ما قامت أسباب يخشي معها من بقاء الأموال في يده . (توفيق حسن فرج ص٦٢٨).

الإذن للقاصر بالاتجار :

أجازت المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال أن تأذن المحكمة لمن بلغ الثامنة عشرة بالاتجار وتضع المحكمة الحدود التي يتحرك فيها نشاط القاصر حيث يجوز أن يكون الإذن مطلقا أو مقيدا ولا اختصاص لغير المحكمة (الولي أو الوصي) في إعطاء هذا الإذن.

الإذن في زواج القاصر :

نصت المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال أنه"إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا في التصرف في المهر والنفقة،ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق" والنص في هذه الحالة خاص بإذن المحكمة في زواج القاصر الذي للمال،فإذا ما أذنت المحكمة بذلك كان للقاصر المأذون التصرف في المهر والنفقة. ففي حدود ما يوضع تحت تصرف القاصر لهذا الغرض يعتبر القاصر كامل الأهلية؛أي قادر على إجراء ما يراه من تصرفات قانونية معارضة كانت أم تبرعا.

الإذن في إبرام عقد العمل :

نصت المادة ٦٢من قانون الولاية على المال على جواز قيام الصغير بإبرام عقد العمل الفردي ويجوز للوصي إذا قدر خطورة العمل في هذه السن على صحة الصغير أو على مستقبله أن يطلب من المحكمة أن تقضي بإنهاء العقد.وقد راعي المشرع في هذا الاستثناء حرية القاصر في اختيار العمل الذي يروق له دون إجبار في ذلك من وليه أو وصيه وللقاصر أهلية إبرام عقد العمل في هذه الحالة متى بلغ سن السابعة مع مراعاة ما يحدده قانون العمل من حد أدني للسن في المجال الذي ينطبق فيه،وهو يبرم العقد باعتباره عاملا لا صاحب عمل. ولكن ترك الحرية للعامل في إبرام العقد على هذا النحو قد يؤدي إلى الإضرار به ضررا لا يستطيع القاصر نفسه أن يدرك مداه ولهذا أعطى المحكمة الحق في إنهاء العقد متى رأت أن في هذا مصلحة ظاهرة له أو حرصا على مستقبله،من ناحية إتمام دراسته أو ما شابه ذلك وللمحكمة أن تنهي العقد الذي أبرمه القاصر بناء على طلب من الوصي أو من ذي شأن . (توفيق حسن فرج ص٦٤١).

الإذن بالتصرف في الأموال المخصصة لأغراض النفقة :

نصت المادة٦١من قانون الولاية على المال بأن يكون للقاصر في هذه السن أهلية التصرف فيما يوضع تحت يده لأغراض نفقته الخاصة.ويبرر هذا الاستثناء ضآلة هذه المبالغ عادة وليس من الملائم عملا أن نفرض قيود على الصغير في هذا الصدد. ويؤدى منطق الاستثناء إلى إباحة كافة أنواع التصرفات في حدود المال المذكور حتى ولو كان التصرف تبرعا(ضار ضرر بحت)كما يؤدى إلي وجود التقيد بحدود الاستثناء بمعنى أن أي التزام من جانب الصغير يجاوز حدود ما خصص لنفقته يجب إخضاعه للقاعدة العامة . (عبد الحكم فوده ص٣٤)

الإذن بالتصرف فيما يكسبه القاصر من عمله :

نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة حرية التصرف فيما يكسبه من عمله.ويستوي أن يكون التصرف بعوض أو بغير عوض.ولا يجوز أن تتعدى التزامات الصغير حدود ما يكسبه فإن جاوزت ذلك خضع التصرف لحكم القواعد العامة. ويبرر هذا الاستثناء أن الصغير الذي يكسب من عمله الخاص جدير بالثقة في تصرفاته وبالتالي فإذا ثبت من تصرف الصغير أنه غير جدير بالثقة جاز للمحكمة أن تقيد تصرفاته النسبة لما يكسبه من عمله بإخضاعها لنظام الولاية أو الوصاية .

الإذن بوصية القاصر :

أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية لمن بلغ ثماني عشرة سنة أن يوصي ، وتكون وصيته جائزة متى أذنت المحكمة بذلك.فعلى الرغم من أن الوصية من أعمال التبرع،أي تعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا،إلا أن القانون أجازها لمن بلغ الثامنة عشر متى آذنته المحكمة بذلك ويرجع هذا إلى أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا يترتب عليها أثرها في الحال وفي إذن المحكمة رقابة كافية على تصرف القاصر،حتى لا يوصي تحت تأثير لزوات خاصة . (توفيق حسن فرج ص٦٤٢).

المرحلة الثالثة : بلوغ سن الرشد(٢١سنة): وهي تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الواحدة والعشرين فقد افترض المشرع اكتمال الإدراك والتمييز لديه عند بلوغه هذه السن :

وينبني على ذلك صلاحية الشخص لآتيان كافة التصرفات القانونية أيا كانت درجة خطورتها،وتنتهي ببلوغ سن الرشد أو الوصاية على مال الشخص.

إلا أنه لا يكفي لكي تكتمل للشخص أهليته على هذا النحو أن يبلغ سن الرشد،بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه وإذا ما بلغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه العقلية تنتهي الولاية أو الوصاية عليه بقوة القانون.ولكن الشخص قد يبلغ هذه السن غير متمتع بقواه العقلية،إذا قد يعترضه عارض من عوارض الأهلية،فماذا يكون الحكم؛يمكن في هذا الصدد أن نفرق بين فرضين.

في فرض أول ، لا تثار أية صعوبة ، وذلك حينما يبلغ الشخص هذه السن غير متمتع بقواه العقلية وتقرر المحكمة استمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغ هذه السن،فقد يري من له الولاية أو الوصاية أن القاصر جدير بتسلم أمواله عندما يبلغ الحادية والعشرين ، لأنه سيبلغ هذه السن غير رشيد نظرا لإصابته بعارض من عوارض الأهلية،ولهذا يطلب من المحكمة استمرار الولاية أو الوصاية عليه إلى ما بعد بلوغ هذه السن وفي هذه الحالة إذا ما تحققت المحكمة من قيام عارض من عوارض الأهلي بالقاصر تحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه وتظل الولاية أو الوصاية قائمة عليه حتى بعد بلوغ هذه السن إلى أن يزول سببها ويصير الشخص بعد ذلك كامل الأهلية (انظر المادتين ٤٧،١٨ من قانون الولاية على المال).

أما في الفرض الثاني، فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية،ومع ذلك لا تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه وهذا فرض متصور إذا لم يقم من له الولاية أو الوصاية بطلب استمرار القاصر خاضعا لهما، ثم يبلغ الشخص سن الرشد فترفع عنه الولاية أو الوصاية،وهنا يكون الشخص غير متمتع بقواه العقلية،ولا يخضع- مع ذلك- الولاية أو الوصاية وخلاصة القول إنه إذا بلغ الشخص هذه السن تنتهي الولاية أو الوصاية عليه ما لم يحكم باستمرارهما قبل بلوغ هذه السن فإذا ما حكم بذلك استمرت الولاية أو الوصاية إلى حين رفعها بقرار من القضاء.وإذا ما بلغ الشخص هذه السن غير متمتع بقواه العقلية ولم يحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه نبغي أن تتخذ إجراءات الحجز وتعيين قيم عليه.لكن إذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية اعتبر كامل الأهلية، ويظل هكذا ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية(توفيق حسن فرج. مرجع سابق ص٦٤٦).

عـــوارض الأهليـــة :

قد يصاب بعارض يؤثر على تمييزه فيعدمه أو ينتقص منه بحيث يصبح غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما،وقد رتب القانون على العارض -وفقا لخطورته-انعدام الأهلية أو الانتقاض منها. وعوارض الأهلية الأساسية هي الجنون والعته والغفلة والسفه.

الحجر على من شاب إرادته عارض من عوارض الأهلية :

تنص المادة ١٣ مدني على أن "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون" .

فيتبين من نص هذه المادة أن الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضي حكم قضائي وفي ذلك تقول محكمة النقض أن النص في المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٢على أنه " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم.."يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضي حكم ، خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامي من أن الحجر يكون بقيان موجبه، ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به، مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما.لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن"مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس إعادة النظر فيها وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم الصادر في الدعوى ٢١٩/ب لسنة١٩٧٩كلي أحوال شخصية القاهرة واعتبارا من تاريخ صدوره في ١٩٧٩/١٢/١٥طالما لم يحدد تاريخا معينا لفقدانه أهليته"ولما كان الثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ١٩٧٩/١٢/١٥-المودعة صورته الرسمية- أنه قضي بتوقيع الحجر على لإصابته بالعته أخذا بتقرير الطبيب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد في منطوقة أو بأسبابه التي أقام عليها قضاءه ميقاتا معينا أو أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالمحجور عليه ولم يرد حالة العته التي اعترته إلى تاريخ بعينه من التواريخ العديدة التي ردها الطبيب وأوردها في تقريره بشأن مرضه،فإن هذا الحكم قد قطع بقيام حالة العته لدي هذا الشخص في تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقدا لأهليته إلا من وقت صدوره ،هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التي لا تنسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه"(١٩٩٢/٢/٢٣طعن ١٩٠٩ لسنة٥١ق-م نقض م-٤٣- ٣٦٥) وبأنه " لما كان المعاش الحكومي يصرف شهريا لصاحبه فتكون له حرية التصرف فيه بمطلق إرادته ، ومن ثم يتعين حرمانه من إدارة هذا المال أو التصرف فيه متى شاب إرادة صاحبه عارض من عوارض الأهلية ، وإذ ثبت لمحكمة الموضوع أن الطاعن مصاب بمرض عقلي،فإنه لا يحول دون توقيع الحجر عليه عدم وجود مال لديه سوى المعاش الشهري طالما تجاوز هذا المعاش فيما يتعلق لحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التي لا تسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه"(١٩٩٢/٢/٢٣طعن١٩٠٩ لسنة٥١ق -م نقض م-٤٣-٣٦٥) وبأنه" لما كان المعاش الحكومي يصرف شهريا لصاحبه فتكون له حرية التصرف فيه بمطلق إرادته، ومن ثم يتعين حرمانه من إرادة هذا المال أو التصرف فيه متى شاب إرادة صاحبه عارض من عوارض الأهلية ،وإذ ثبت لمحكمة الموضوع أن الطاعن مصاب بمرض عقلي ،فإنه لا يحول دون توقيع الحجر عليه عدم وجود مال لديه سوى المعاش الشهري تجاوز هذا المعاش الحد الأدنى المقرر بالمادة ٩٨٧ مكن قانون المرافعات"(١٩٨٢/٤/١٣طعن ١٩سنة٥١ق-م نقض م-٣٣-٤٠١).

إذا توفي المطلوب الحجر عليه قبل صدور حكم بذلك لنقض الطلب وزالت ولاية المحكمة بنظره واقتنع صدور حكم بالحجر :

وقد قضت محكمة النقض بأن" طلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها الى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله فهو بهذه المثابة طلب شخصي لصيق بإنسان على قيد الحياة وهو المطلوب الحجر عليه أو تستدعي حالته اتخاذ تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بغرض القوامة عليه وإخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال بإجراءات توجه الى شخص المطلوب الحجر عليه ولذلك ناطت المادة ٩٦٩ من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله والإشراف على إدارتها . لما كان ذلك ، فإن الحكم الذي يصدر في دعوى الحجر من محكمة الولاية على المال تكون له حجية مطلقة قبل الكافة " (١٩٨٣/٦/٣٠ طعن ٢٠٥١ لسنة ٥١ق – م نقض م – ٣٤ – ١٥٢٧)

وبأنه توقيع الحجر على شخص يعتبر إجراء تحفظيا يستهدف منعه من إساءة التصرف في أمواله ، فإذا توفى الشخص استحال أن يتصرف في تلك الأموال ، ويزول مقتضى الحجر وعلة الحكم به ، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضا على القضاء ولم يصدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضي ، فإن الدعوى به تنتهي بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته ، وهذا ما يستفاد من المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، الذي يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصا بالغا ، وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله ، فإذا انتهت شخصية المطلوب الحجر عليه بموته طبقا للمادة ١/٢٩ من القانون المدني استحال الحكم لصيرورته غير ذي محل فضلا عن أن أموال المطلب الحجر عليه تورث عنه بموته عملا بالمادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها الى قيم لإدارتها ويصبح توقيع الحجر لغوا . لما كان ما تقدم ، وكان البين من الأوراق أن المطلوب الحجر عليه توفى أثناء نظر المعارضة المقامة منه عن الحكم الغيابي القاضي بتوقيع الحجر عليه فإنه كان يتعين معه الحكم في تلك المعارضة بانتهاء دعوى الحجر ، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي الصادر بتأييد الحكم المعارض فيه ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون

كما قضت بأن " الفقرة السابعة من المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال تجيز إسناد القوامة الى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع إذا اتضح أن هذا النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر وتوافرت في هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية وكان اختيار من يصلح للقوامة في حالة عدم وجود الابن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها أو عدم صلاحية أى منهم مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية " (١٩٩٦/١١/٢٥ طعن ١٨ لسنة ٦٣ق أحوال شخصية – م نقض م – ٤٧ – ١٣٨٠) وبأنه " مؤدى نص المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أنه لا يجوز إسناد القوامة الى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائي من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر " (١٩٨٢/٤/١٣ طعن ١٩ سنة ٥١ق – م نقض م – ٣٣ – ٤٠١) وبأنه " يشترط طبقا لنص المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن يكون القيم والمحجور عليه من أهل دين واحد " (١٩٨٤/٥/٢٩ طعن ٤٨ سنة ٥٤ق – م نقض م – ٣٥ – ١٤٨٦) وبأنه " مؤدى نصوص المواد ٤٧ من القانون المدني و٤٧ ، ٨٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال و٩٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المضاف بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥١ والواردة في باب الإجراءات الخاصة بالولاية على المال مجتمعة أنه إذا مات المطلوب الحجر عليه قبل صدور حكم في الطلب المقدم فإنه ينتهي الحق فيه وتزول ولاية محكمة الحجر بنظره لهلاك لشخص المراد إخضاعه للحجر والقوامة تبعا لاستحالة أن يقضي بعد الموت بقيد ينصب على شخص المطلوب الحجر عليه وبالتحفظ على ماله ، ويؤيد هذا النظر أن المشرع بموجب المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ السالفة الإشارة أجرى الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر على القوامة ، وقصد بذلك – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – أن القواعد الخاصة بالوصاية تسري على القوامة بالقدر الذي تتلاءم في حدوده أحكامها مع طبيعتها ، مما مفاده أنه إذا مات المطلوب الحجر عليه فقد طلب الحجر محله وموضوعه واستحال قانونا أن تمضي المحكمة في نظره ، وأكد المشرع هذا المعنى في المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات الآنفة الذكر باستبعاد اتباع الإجراءات والأحكام الخاصة بالولاية على المال ومنها توقيع الحجر ورفعه وتعيين القامة ومراجعة أعمالهم وحساباتهم إذا انتهت الولاية على المال فيما عدا حالتى الفصل في الحساب السابق تقديمه للمحكمة وتسليم الأموال لورثة ناقصي الأهلية أو عديمها اعتبارا بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعدم الموجب زالت الولاية وأوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على تلك المادة "أوردت المادة ٩٧٠ قاعدة عامة في مدى تطبيق أحكام هذا الباب من حيث الزمان على أنه إذا انتهت الولاية القضائية على المال لأى سبب من أسباب انتهائها كعودة الأب أو ولايته أو زوال سبب عدم الأهلية أو وفاة عديم الأهلية أو عودة الغائب أو ثبوت موته لا تتبع الإجراءات المذكورة إلا في تسلم الأموال من النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب وفي الفصل في الحساب المقدم للمحكمة فعلا

أما ما عدا ذلك من المسائل ولو اتصل بإدارة الأموال فتتبع في الدعوى به الإجراءات العادية ويخضع لقواعد الاختصاص العامة ، مما مؤداه أنه يستحيل على المحكمة أن تأمر بتعيين قيم على شخص ليس على قيد الحياة لتنافر ذلك من طبيعة الحجر ذاته ، أو أن تعهد إليه بتسلم أمواله أو تولي إدارتها وحفظها لأن الموت لا يبقى له على مال بعد أن انتقل بمجرد الوفاة وبقوة القانون للوارث أو الموصى له فينقضي بالتالي الطلب المقدم بالحجر ويصبح بسبب الموت غير ذي موضوع ، ولا يحول دون الحكم بانتهاء طلب الحجر سبق تسجيله لأن الحكمة من تسجيل هذا الطلب وفق المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هى حماية الغير ممن يتعاقد مع المطلوب الحجر عليه ، ولم يجعل التسليم وجوبا بل ترك التقدير لقاضي الأمور الوقتية متى تحقق من جدية الطلب خشية إساءة استعماله ما يترتب عليه من آثار خطيرة في سير أعمال من قدم ضده طلب الحجر ، الأمر الذي لا يلتزم استمرار محكمة الولاية على المال في نظر طلب الحجر بعد وفاة المطلوب الحجر عليه " (١٩٧٦/٦/١٦ طعن ١٣ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٧ – ١٣٧٠)

سلطة محكمة الموضوع في تقدير قيام عارض من عوارض الأهلية :

يتعين في تقديرنا التفرقة في هذا الصدد بين تقدير الحالة الواقعية وبين إعطاء هذه الحالة وصفها القانوني فتقدير الحالة الواقعية مسألة واقع تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون أن تتقيد في ذلك بآراء الأطباء والخبراء والخصوم ودون أن تخضع فيه لرقابة محكمة النقض مادام استخلاصها سائغا وله سند من الثابت بالأوراق ، أما إعطاء هذه الحالة الواقعية وصفها القانوني وما إذا كانت تكشف عن قيام عارض من عوارض الأهلية ، ونوع هذا العارض وما إذا كان يعتبر جنونا أو عتها أو سفه أو غفلة ، فهو مسألة قانون لا تتقيد فيه المحكمة برأى الأطباء أو الخبراء أو الخصوم ولكنها تخضع فيه لرقابة محكمة النقض .. إذ ليس من شك في اختلاف المقصود قانونا بكل من عوارض الأهلية واختلاف الثر القانوني على قيام كل منها إذ أن الجنون والعته سبب لفقد الأهلية بينما السفه والغفلة يق تصر أثرهما على نقص الأهلية ، كما أن حكم التصرف السابق على تسجيل طلب الحجر للجنون والعته ، يختلف عن حكم التصرف السابق على تسجيل طلب الحجر للسفه أو الغفلة الأمر الذي يقطع بأن تكييف الحالة الواقعية التي تستخلصها محكمة الموضوع ، وما إذا كانت يقوم بها عارض من عوارض الأهلية وتحديد نوع هذا العارض هو من مسائل القانون الذي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض . (السنهوري – عبد العزيز – مرجع سابق)

ولا نرى تعارضا بين ما سلف وبين ما ورد في بعض أحكام محكمة النقض التي سنوردها من إطلاق القول بأن تقدير قيام عارض من عوارض الأهلية وإعطائه وصفه القانوني هى مما تستقل به محكمة الموضوع ، إذ واضح من تلك الأحكام أن محل النعى فيها كان مخالفة المحكمة لرأى الأطباء أو الخبراء في تقدير قيام الحالة الواقعية من ناحية أو في وصف هذه الحالة من جهة أخرى ، ولا شبهة في عدم تقيد محكمة الموضوع في الأمرين جميعا برأى الأطباء أو الخبراء أو الخصوم ، وهو ما لا صلة له بما انتهينا إليه من أن إعطاء الوصف القانوني للحالة الواقعية التي تستخلصها محكمة الموضوع وإن كانت لا تتقيد فبه برأى الأطباء أو الخبراء أو الخصوم إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النفض . (يراجع نقض ١٩٦٦/٥/١٨ طعن ٣٠ سنة ٣٤ق – م نقض م – ١٧ – ١١٧٩ ونقض ١٩٦٦/٢/٢ – طعن ٣١ سنة ٣٣ق – م نقض م – ١٧ – ٣٧)

أولا : الجنــون والعتـــه :

وهى آفات تصيب العقل فتسلب من الفرد إدراكه وتمييزه بصفه كلية أو جزئية.ويختلف الجنون عن العته من حيث درجة خطورة كل منهما على التمييز.

الجنـــون :

وهو مرض يصيب العقل ويؤدي إلى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه لذلك أخضع القانون المريض لذات الأحكام التي يخضع لها الصبي غير المميز وأجري على تصرفات ذات الأحكام القانونية.

ويلاحظ أن المريض قد يمر بفترات يكون فيها معقولا في إدراكه وتمييزه،ثم يبرم وهو في هذه الحالة بعض التصرفات القانونية ورغم ذلك- وتفاديا للزعزعة بين الأفراد لم يفرق القانون المصري في تصرفات المجنون على أساس حالته العقلية وقت التصرف واعتبر كل تصرفاته باطلة ابتداء من لحظة ثبوت مرضه. أما القانون اللبناني فلم يجعل تصرفات المجنون باطلة إلا إذا كان قد عقدها في فترة من فترات الجنون . (عبد الحكم فوده ص٣٧)

العتـــه :

والعته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله ولا يلزم لتوقيع الحجر بسببه ثبوت حصول تصرفات تدل على فساد التدبير ، وتستقل المحكمة بتقدير قيامه .

ويشترك الجنون والعته في أثرهما بالنسبة إلى العقل فكلاهما آفة تصيب العقل وتنقص من كماله.والمرجع في ذلك هو خبرة المختصين في الآفات العقلية وشواهد الحال.

فقد قضت محكمة النقض بأن " العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله والمرجع في ذلك – على ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال – هو خبرة المختصين في الآفات العقلية وشواهد الحال ، إذ كان ذلك ، وكان ما يعني محكمة الولاية على المال وهى بسبيل بحث طلب الحجر هو التحقيق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه وفي نسبة العته الى شخص تنحصر مهمتها في تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكنه معه أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات وفي إدارته لأمواله وفي فهمه للمسائل المالية الخاصة به وهى في هذا الشأن لها مطلق الحرية في تقدير قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع في الدعوى فلا تخضع في قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا " (١٩٧٧/١/٥ طعن ٢٣ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٨ – ١٨٩) وبأنه " إذا كان الحجر للعته لا يقصد منه توقيع عقوبة على من اعتراه هذا العارض إليه حالته فيصبح عالة على المجتمع ومن ثم فليس بلازم أن يعلق توقيع الحجر على ثبوت حصول تصرفات للطاعن تدل على فساد التدبير طالما تحقق موجب الحجر بقيام حالة العته لديه " (١٩٧٧/١/٥ طعن ٢٣ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٨ – ١٨٩) وبأنه " تقدير حالة العته هو ما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه في ذلك سائغا " (١٩٧٥/٥/٢٨ طعن ٤ لسنة ٤٢ق – م نقض م – ٢٦ – ١١٠٣ – وبنفس المعنى نقض ١٩٧٤/١/١ طعنان ٥٣ ، ٥٧ سنة ٣٨ق – م نقض م – ٢٥ – ٩٢ – ونقض ١٩٧١/٤/٢٢ طعن ٣٦٣ سنة ٣٦ق - م نقض م – ٢٢ – ٥٤٠) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد خلص استنادا الى تقرير الطبيب الشرعي الى أن الطاعن مصاب بعته يمتعه من إدراك الأمور إدراكا كاملا وصحيحا فلا معاب عليه إن هو لم يأخذ أو يرد على بعض ما يسوقه الطاعن من قرائن مناهضة إذ ليس على الحكم أن يفند كل قرينة مادام أنه انتهى الى قيام حالة العته بدليل يحمل قضاءه ، لأن أخذه بهذا الدليل يتضمن الرد المسقط لما يخالفه " (١٩٧٧/١/٥ طعن ٢٣ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٨ – ١٨٩)

وبأنه تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه في ذلك سائغا " (١٩٧١/١/١٩ طعن ٢٧٠ سنة ٣٦ق - م نقض م - ٢٢ - ٧١)

حكم المجنون والمعتوه في القانون المدني :

يسوى القانون المدني المصري في م ١/٤٥ بين المجنون والمعتوه واعتبر كل منهما عديم الأهلية ، ويعتبر تصرفاته باطلة مطلقا إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجز طبقا للمادة ١/١١٤ مدني ، حتى لو كانت نافعة نفعاً محضاً ، ولا يستطيع المتعامل معه الاحتجاج بحسن النية لأنها قرينة قانونية قاطعة على انعدام الإدارة ومعرفة الغير بذلك فيكون البطلان لانعدام الأهلية أو لانعدام الإرادة التي تستوجب الرضا كركن أساسي وضروري لقيام العقد .

لكن إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فيعتبر التصرف صحيح كما لو كان صادراً من كامل الأهلية ، لكن يجوز إبطال التصرف إذا كان قبل تسجيل قرار الحجر لأمرين أحدهما : ظهور حالة الجنون والعته أثناء التعاقد ، وثانيهما : أن يكون المتصرف إليه على بينه منها ويكفي توافر أحد الأمرين لإبطال التصرف (طعن مدني ٣٠/٤٦٠ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

فالعبرة في تحري أهلية المتعاقد هى وقت إبرام العقد . (طعن مدني جلسة ١٩٥٤/٢/٩ جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٦)

وإذا صدر حكم بصحة ونفاذ التصرف ثم صدر قرار بالحجر فهذا القرار لا ينال من حجية الحكم ، ويعتبر هذا القرار من الأحكام المنشئة التي لا تنسحب آثارها على التصرفات السابقة عليه لأنه يتعلق بحالة الإنسان وأهليته . (طعن مدني جلسة ١٩٥٤/٢/٩ ، وجلسة ١٩٦٢/١٢/٢٦)

وعند زواج المحجور عليه لعته يكون زواجه موقوف على إجازة الولى العصبة ليس القيم .

وإذا أنشأ الجنون والعته بعد سن البلوغ فيحجر على صاحبه بحكم المحكمة وتقيم عليه قيماً لإدارة أملاكه طبقا للمادة ٦٥ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم قضائي وعند رفعه يعود للمجنون أو المعتوه كامل أهليته طبقا للمادة ٦٥ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما سبق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه في ذلك سائغا ، والعبرة في تحري أهلي ة العاقد هى بحالته في الوقت الذي انعقد فيه العقد " (١٩٨٦/١١/١٢ طعن ١٦١ سنة ٥٣ق - م نقض م - ٣٧ - ٨٢٨ - وبنفس المعنى ١٩٨٣/٣/٢٢ طعن ٩١٠ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٤ - ٧١٨) وبأنه " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى متى كان استخلاصها في ذلك سائغا " (١٩٨٤/٥/١٦ طعن ١٩٩٥ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٥ - ١٣٣٤ وبنفس المعنى ١٩٩٦/٦/٣٠ طعن ٨٠١٤ سنة ٦٥ق) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من القانون المدني على أنه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " وفي الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها " مفاده أن العبرة في تحري أهلية العاقد بأهليته في الوقت الذي انعقد فيه العقد

وأن المشرع أقام من صدور قرار الحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف الصادر من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ، ويكفي في ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة " (١٩٨٣/١٢/١٨ طعن ٨٤٥ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٤ - ١٨٤٦) وبأنه " العبرة في تحري أهلية العاقد هى بحالته في الوقت الذي انعقد فيه العقد ، فإذا كانت المحكمة قد اقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد - السابق على الحجر وعلى طلبه - على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنتابه نوبات عصبية وتهيج في بعض الأحيان وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانية للعته والسفه بعد تعاقده ، ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي الى أن المحجور عليه كان معتوها في ذات وقت التعاقد ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعينا نقضه " (١٩٤٧/٢/٢٠ طعن ١٣ سنة ١٦ق - م ق م - ٤٣ - ٣٢٠) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في إثبات قيام حالة العته لدى البائع الى التقرير الطبي الذي أثبت وجودها في نوفمبر سنة ١٩٥٤ ورتب الحكم على ما ورد في هذا التقرير أن هذه الحالة لابد أن تكون راجعة الى تاريخ حصول التصرف المطعون فيه أى في ديسمبر سنة ١٩٥٣ وكان التقرير الطبي خلوا مما يعين على تأكيد إرجاع حالة العته التي أثبتها الطبيب في نوفمبر سنة ١٩٥٤ الى تاريخ ذلك التصرف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يفصح عن مصدر آخر استمد منه تأكيده رجوع حالة العته الى ذلك التاريخ بالذات - وهو ما يجب ثبوته بيقين لإبطال التصرف - يكون قاصرا بما يستوجب نقضه " (١٩٦٣/١٢/٢٦ طعن ٧٩ سنة ٢٩ق - م نقض م - ١٤ - ١٢٣١ - وراجع حكميها الصادرين في ١٩٥٤/١٢/٩ طعن ٣١٣ سنة ٢١ق - م ق م - ٥ - ٣١٤)

ولا تتقيد محكمة الموضوع في تقدير قيام حالة الجنون أو العته برأى الأطباء ولا تلتزم يندب خبير لفحص الحالة العقلية :

فقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى تستقل محكمة الموضوع في تقدير الدليل عليه ، ولا شأن للطبيب في إعطاء الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها وأن الأمر في ذلك لمحكمة الموضوع في ضوء ما يبديه الطبيب ولا ومعقب من محكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا " (١٩٧٩/٦/١٣ - الطعن ١٢٩٠ لسنة ٤٨ق - م نقض م - ٣٠ العدد الثاني - ٦٢٠ - وبنفس المعنى ١٩٩٢/٢/٢٣ طعن ١٩٠٩ سنة ٥٢ق - م نقض م - ٤٣ - ٣٦٥) وبأنه " الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها بل الشأن في ذلك للقاضي الذي يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضي مطلق الحق في تقدير ما يدلي به الخبراء من آراء " (١٩٧٤/١/١ طعنان ٥٣ ، ٥٧ سنة ٣٨ق - م نقض م - ٢٥ - ٩٢) وبأنه " المحكمة ليست ملزمة بإجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبي على المطلوب الحجر عليها متى رأت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن يعد ذلك إخلالا بحق الدفاع وذلك لأن تقدير قيام حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع ، وإذ استخلصت المحكمة من أقوال الطاعنة - طالبة الحجر - ومن مناقشة المطعون عليها - المطلوب الحجر عليها - في محضر تحقيق النيابة سلامة عقل المطعون عليها فإنها تكون قد أعملت سلطتها في فهم هذا الواقع " (١٩٧٥/٥/٢٨ - طعن ٤ سنة ٤٢ق - م نقض م - ٢٦ - ١١٠٣)

وبأنه إذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين شمعتهم وعلى قرائن مستفادة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي الى ما انتهت إليه فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف " هل كانت حالة المريض حالة عته قانوني يلي الجنون في الدرجة " فأجاب لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفا في بنيته وتفكيره ، بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يبديه الطبيب " (١٩٤٦/١٠/٣١ طعن ١٢١ سنة ١٥ق - م ق م - ٤ - ٣١٤ وانظر في إجازة الإحالة على التحقيق لإثبات حالة العته ١٩٥١/١١/٢٢ طعن ١٩٩ لسنة ١٩ق - م نقض م - ٢ - ٩٣ - ١٩٤٥/٥/٣١ طعن ١٢٧ سنة ١٤ق - م ق م - ٢ ، ٣ ٣١٤) وبأنه " المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب طالب الحجر ندب طبيب آخر لتوقيع الكشف الطبي على المطلوب الحجر عليه والاطلاع على التقارير السابقة وإبداء رأيه فيها متى كونت اقتناعها في الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها وبذا لا يكون في رفض الحكم لهذا الطلب إخلال بحق الدفاع " (١٩٥٨/٥/١٥ طعن ٥ سنة ٢٧ق - م نقض م - ٩ - ٥٠١) وبأنه " من المقرر أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الدفاع الى ما يطلبه من ندب خبير لتقدير حالة المتهم العقلية مادامت استبانت سلامة عقله من موقفه في التحقيق ومن حالته النفسية ومن إجاباته على ما وجهته إليه من الأسئلة ذلك أن تقدير حالة المتهم التي يترتب عليها الإعفاء من المسئولية الجنائية أمر يتعلق بوقائع الدعوى يفصل فيه قاضي الموضوع بما لا معقب عليه طالما أنه يقيمه على أسباب سائغة " (١٩٦١/١١/٢٨ طعن ٢٣١٣ لسنة ٣١ق - م نقض ج - ١٢ - ٩٢١)

كما قضت بأن " وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى ، والتي حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع على عاتق مديري المستشفيات والمصحات والأطباء المعالجين إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، إلا أن المشرع - وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يقصد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالة العته وإنما استهدف منه مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتباع قبل توقيع الحجر ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه في المادة ٩٨٢ من ذات القانون ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند الى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة من أحد الفنيين ، ومؤيدة بما جرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتدت بها الحياة حتى جاوزت التسعين من عمرها وأنها كانت مصابة بعته شيخوخي ، وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامت قد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة في تقدير الدليل فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها لا ينطوي على فساد في الاستدلال " (١٩٧١/١/١٩ طعن ٢٧٠ سنة ٣٦ق - م نقض م - ٢٢ - ٧١) ،

ويراجع في استعراض الأمراض العقلية والنفسية ودرجاتها سواء في الفقه الإسلامي أو الطب أو علم النفس المستشار محمد كمال حمدي في الولاية على المال ، الجزء الأول ص٢١٩ وما بعدها)

ثانيا : السفــه والغفـــلة :

السفه بوجه عام :

والسفه بوجه عام حالة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع وقد غلب اصطلاح السفه على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع .. وقد يستخلص قيام السفه من تصرف الإنسان على خلاف ما يقتضيه الشرع كالإدمان على المقامرة وقد يستخلص من اتباع الهوى ومكابرة العقل ولو كان التصرف مشروعا كالإسراف في التبرعات .

أما الغفلة فلم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف بها وبعضهم يرى فيها امتدادا لفكرة السفه ولكنها على أى حال تعتبر صور ة من صور ضعف بعض الملكات النفسية .. والراجح أن السفه والغفلة وأن اشتركا في معنى عام واحد هو ضع بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن السفيه يكون عادة مبصرا بعواقب الفساد ولكنه يتعمده أما ذو الغفلة فهو يصدر في فساده عن سلامة طوية وحسن نية.

وقد قضت محكمة النقض بأن " السفه والغفلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يشتركان في معنى عام واحد وهو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار ففي غبن في معاملاته ويصدر في فساده عن سلامة طوية وحسن نية ، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجة نظرا لنشاط شهوة الإتلاف على إرادته " (١٩٧٥/٥/١٤ طعن ٢٠ سنة ٤٠ق - م نقض م - ٢٦ - ١٠٠٢) وبأنه " السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف الملكات النفسية ترد على حسن الإدراك والتقدير . فإذا كان الحكم إذ قضى بتأييد قرار رفض طلب الحجر لهذين السببين قد أقام قضاءه على ما استخلصه هو والحكم الابتدائي بالأسباب السائغة التي أوردها من أن تصرفات المطلوب الحجر عليه الى ولده أو أحفاده لها ما يبررها وتدل على تقدير وإدراك لما تصرف به ولا تنبئ عن سفه أو غفلة فإن ذلك الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو تأويله " (١٩٥٨/٥/١٥ طعن ٥ سنة ٢٧ق - م نقض م - ٩ - ٥٠١ وبنفس المعنى في ١٩٥٥/٤/٧ طعن ٢ سنة ٢٥ق - م ق م - ٦ - ٣١٤)

كما قضت بأن " السفه هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أعل الديانة غرضا صحيحا ، ومن ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع " (١٩٨٥/٢/١٣ طعن ٣٩٧ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٦ - ٢٦٥) وبأنه " السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وهو فكرة معيارية تبني بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع ، وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على تقريرات ليس فيها ما ينبئ عن إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه إذ هى لا تنطوي على خفة وإساءة استعمال الحقوق بل تكشف عن خصومة يتدافعها طالب الحجر والمطلوب الحجر عليها ولم يكن طلب الحجر إلا حلقة منها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (١٩٦٦/٥/١٨ طعن ٣٠ سنة ٣٤ق - م نقض م - ١٧ - ١١٧٩)

وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أخل الديانة غرضا صحيحا ، وهو فكرة معيارية تنبئ بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق ، ومن ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع وأن الغفلة هى ضعف الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير " (١٩٧٤/٣/٢٧ طعن ٣١ سنة ٤٠ق – م نقض م – ٢٥ – ٥٩٣) وبأنه " السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعنة مستندا في ذلك على أن تصرفاتها تنطبق عليها المدلول القانوني والشرعي للسفه ذلك بأنها فضلا عن إسرافها في إنفاق كل ما استوفته من مبالغ التعويض التي قدرها المساعد القضائي لها بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه ومن مبالغ الإيراد الناتج من أكثر من ثلاثين فدان رغم ضآلة مطالبها إذ لا تحتاج إلا للمأكل والملبس والمسكن وهى بمفردها لم تنجب ذرية وليس لديها من تجب عليها نفقته ثم تتمادى في الإسراف وسوء التصرف فتنزل عن كل أطيانها الزراعية بطريق الهبة لأحد أولاد أختها مؤثرة إياه على بقية أخوته ولم تم ذلك لتجردت من أملاكها وأصبحت لا تجد من الإيراد السنوي ما يكفي لنفقتها وتوفير حاجتها الضرورية لم تكتف بما استحوذ عليه من إيراداتها بمقتضى التوكيل العام الصادر له منها مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وكل أولئك يدل دلالة لا ريب فيها على أن الطاعنة قد وصلت في سوء التقدير والتصرف في المال الى الحد الذي يبرر وصمها بالسفه ويسوغ بالتالي توقيع الحجر عليها ، وهذه التقريرات من الحكم إنما تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعي مما يحض عليه التشريع الإسلامي ، وبالتالي فهلا لا تنطوي على حقه من جانب الطاعنة وليس فيها ما ينبئ عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (١٩٦٦/٢/٢ طعن ٣١ سنة ٣٣ق – م نقض م – ١٧ – ٢٣٧)

كذلك قضت بأن " الغفلة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير ، وهى على هذا الوصف وإن كان يرجع في إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضا الدليل إثباتا ونفيا من أقوال المحجور عليه في التحقيقات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك وحسن التقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة الغفلة دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ في مفهومها أو في تطبيق هذا المفهوم " (١٩٧٨/٤/١٩ طعن ٣٣ لسنة ٤٦ق – م نقض م – ٢٩ – ١٠٤٧) وبأنه " لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة فقال بعضهم أنه هو الشخص الذي لا يهتدي الى التصرفات الراحة لسلامة قلبه في غبن في تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه ، على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التي تعتري الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي الى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع والحكمة في توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين " (١٩٥٤/١٢/٢٣ طعن ٥ لسنة ٢٤ق – م ق م – ٧ – ٣١٥).

ويستدل على السفه من كيفية إنفاق المال دون الوقوف عند سلامة التصرف الذي تحصل بموجبه على هذا المال :

فقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان طلب الحجر مؤسسا على عته الشخص المطلوب الحجر عليه وعلى السفه لتصرفه في بعض أملاكه وإنفاق ثمنها على غير مقتضى العقل والشرع ، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن نفى عنه حالة العته اكتفى في الرد على حالة السفه باستعراض تصرفه في أمواله وتقديره أن هذا لا يعتبر موجبا لقيام السفه ، وأغفل بحث ما تمسك به طالب الحجر من إنفاق ثمن ما تصرف فيه على غير مقتضى العقل والشرع ومن ثم فإن هذا الحكم يكون قد أغفل بحث دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى

والأصل أن يستدل على الغفلة من كيفية التصرف إلا أنه يجوز الاستدلال عليها من مناقشة المحكمة لذي الغفلة وقضت بأنه :

متى كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة الشخص المطلوب الحجر عليه أنه مضطرب في أقواله وأن حالته ليست من التوازن والاستقرار بما يبعدها عن الغفلة مما مفاده أن المحكمة رأت في حالته أن كل ما به لم يكن إلا ضعفا في بعض الملكات الضابطة وهى ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير مما يحتمل أن يغبن في تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما قد يعدد أمواله بخطر الضياع وتلك هى حالة الغفلة فإنها إذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون – ولا يؤثر على ذلك المصدر الذي استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة – وذلك أنه وإن كانت التصرفات التي تصدر من الشخص هى في الأصل المصدر الذي يستمد منه الدليل على الغفلة إلا أنه لا مانع من أن يستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه أمام المحكمة بغض النظر عن تصرفاته " (١٩٥٤/١٢/٢٣ – طعن ٥ سنة ٢٤ق – م ق م – ٩ – ٣١٥)

تصرف الشخص في كل أو بعض ماله بعوض أو بغير عوض لا يعنى بذاته قيام حالة السفه أو الغفلة :

فقد قضت محكمة النقض بأن " السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل ، وتصرف الإنسان في كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة بل أن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف لهم أحق أهله به إذ الشرع لا يحرم الإنسان الخروج من ماله حال حياته كلا او بعضا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقرها ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم " (١٩٥٧/٦/٢٠ طعن ٢ سنة ٢٦ق – م نقض م – ٨ – ٦١٩ وبنفس المعنى في ١٩٥٥/٤/٧ طعن ٢ لسنة ٢٥ق – م نقض م – ٦ – ٩٣٧)

كما قضت بأن " الغفلة – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هى ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير وإذن فمتى كانت التصرفات التي أخذ الحكم المطعون فيه الطاعنة بها إنما ترددت بينها وبين ولديها يحدو الطاعنة فيها طابع الأمومة بما جبلت عليه من العطف والرعاية تبعا لما تستشعر هى تلقاءهما من أحاسيس الرضا والغضب دون أن يكون في تباين هذه التصرفات معهما أ و مع أى منهما مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الإدراك ، وكان البيع الصادر من الطاعنة لأحد ولديها قد بررته هى – على ما ورد في الحكم المطعون وقت – بأن ابنها المتصرف إليه قد أدى عنها جميع الديون التي خلفها لها ابنها الآخر وقت وكالته فإن قيام هذا الاعتبار لدى الطاعنة من شأنه أن يدفع عن هذا التصرف شبهة الاستئثار أو التسلط عليها مما ينأى به عن مجال الغفلة سواء كان الثمن المقدر للبيع اقل من قمته الحقيقية أو كان البيع قد حصل تبرعا من الطاعنة لولدها المذكور طالما أنها لم تصدر في هذا التصرف إلا عن مصلحة تراها هى جديرة بالاعتبار

لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد اسند في قضائه بتوقيع الحجر على الطاعنة للغفلة على غير أساس مخالفا للقانون مما يستوجب نقضه " (١٩٥٩/١/٢٩ طعن ٤ سنة ٢٧ق – م نقض م – ١٠ – ١١٣)

وبأنه ليس في خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما ينبئ عن استئثار أو تسلط لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريوة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أو يوصف معها بالغفلة لأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أو يغبن في معاملاته مع الغير " (١٩٥٧/٦/٢٠ طعن ٢ سنة ٢٦ق – م نقض م – ٨ – ٦١٩) وبأنه " التصرفات المنجزة الصادرة من شخص كامل الأهلية في حالة صحته تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها في المستقبل حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم في الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه "

تصرفات السفيه وذي الغفلة :

تنص المادة (١١٥) مدني على أنه :

١- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسهيل قرار الحجر سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر:

يقع التصرف في هذه الحالة صحيحا منتجا لآثاره ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة إذا حدث تواطؤ. فإذا تواطأ السفيه أو ذي الغفلة مع شخص آخر بقصد تهريب أمواله قبل تسجيل قرار الحجر،وقع التصرف باطلا بطلانا مطلقا إذا كان ضار ضررا بحتا وقابلا للإبطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر.ويسري ذات الحكم في القانون المصري إذا كان من تعامل مع السفيه أو ذي الغفلة قد استغل فيه حالته.وفي غير هاتين الحالتين يقع التصرف صحيحا حتى ولو كانت حالة السفه أو الغفلة شائعة بين الناس.

تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر:

يأخذ التصرف في هذه الحالة حكم تصرف الصبي المميز.أي يكون صحيحا أن كان نافعا نفعا محضا،وباطلا إن كان ضارا ضررا محضا،وقابلا للإبطال إن كان دائرا بين النفع والضرر.

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات أنه يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه من تطبيق أحكام القانون المدني بحيث تكون تصرفات المحجور عليه للسفه الصادرة بعد تسجيل طلب الحجر قابلة للإبطال عملا بنص المادة ١/١١٥ من القانون المدني دون حاجة الى إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال وتواطؤ ، إلا أن مجال أعمال هذا النص أن يكون التصرف صادرا بعد تسجيل طلب الحجر ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه برفض دعوى إبطال العقد الصادر الى المطعون ضده على نفى ما ادعى به الطاعن من أن هذا العقد صدر من والده الى المطعون ضده بعد تاريخ تسجيل طلب الحجر ، وكان التصرف الصادر من السفيه في مثل هذه الحالة لا يكون وفقا لما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من القانون المدني باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فإن للحكم إذا استلزم إثبات توافر أحد هذين الأمرين بعد أن حصل في أسباب سائغة أن التصرف المنعى عليه قد در قبل تسجيل طلب الحجر ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " (١٩٧١/٤/٢٠ طعن ٣٨٣ سنة ٣٦ق – م نقض م – ٢٢ – ٥٠٦)

وبأنه يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتد بإقرار المحجور عليه للسفه - بالتنازل عن الاستئناف - الصادر منه بعد تسجيل طلب الحجر بوصفه إقرارا ضارا محضا وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادتين ١١١ ، ١١٥ من القانون المدني فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٦٥/١١/٢ طعن ١٣ سنة ٣١ق - م نقض م - ١٦ - ٩٥٣) وبأنه تقتضي المادة ١١٥ من القانون المدني بأن التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر - للسفه أو الغفلة - لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ فإذا كان الطاعنون لا ينازعون في أن العقدين محل النزاع قد صدرا من مورثهم الى المطعون عليهما قبل تاريخ تسجيل قرار الحجر فلا يجدي الطاعنين بعد ذلك المنازعة في صحة التاريخ الذي يحمله هذان العقدان ومحاولة إثبات أنه قدم ليكون سابقا على رفع دعوى الحجر مادام أن هذا التاريخ سابق على تسجيل قرار الحجر ، كما أن مجرد ثبوت تحرير العقدين في الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لا يكفي بذاته لترتيب البطلان بل يلزم أيضا إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " (١٩٦٢/٢/١٥ طعن ٤٨٤ سنة ٢٥ق - م نقض م - ١٣ - ٢٦)

وقضت بأن " المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات بينت كيفية تسجيل طلب الحجر ورتبت المادة ١٠٢٨ من القانون ذاته على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام وفقا لأحكام القانون المدني . لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على أساس من تسجيل طلب الحجر على مورثة المطعون ضدهم في ذات يوم تقديمه في ١٩٩٢/٥/١٨ ورتب على لك ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام إعمالا لأحكام المادة ١١٤ من القانون المدني دون أن يبين وجه ما استدل به على ثبوت تسجيل طلب الحجر في الموعد الذي ذهب الى القول به رغم أن ثمة فارقا بين مجرد تقديم طلب الحجر للنيابة وبين تسجيله بالسجلات المعدة لذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات وهو ما تمسكت به الطاعنة في دفاعها ولم يتناوله الحكم بالرد وهو ما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق " (١٩٩٨/١٢/٢٣ طعن ٣٢١٠ سنة ٦٧ق) وبأنه "قرار الحجر للسفه أو الغفلة وعلى ما جرى به نص المادة ١١٥ من القانون المدني ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الاستغلال أو التواطؤ " (١٩٩١/١١/١ طعن ٢٧٥ سنة ٥٥ق - م نقض م - ٤٣ - ١٦٣٤ وبنفس المعنى ١٩٨٥/٢/١٣ طعن ٣٩٧ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٦ - ١٠٤٧)

يكفي لإبطال التصرفات السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر أن تكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط اجتماع الأمرين :

فقد قضت محكمة النقض بأن " يكفي طبقا لنص المادة ٢/١١٥ من القانون المدني ، لإبطال التصرف الصادر من ذي غفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين ، بل يكفي توافر أحدهما" (١٩٧٢/٢/١٥ طعن ١٨٩ سنة ٣٧ق - م نقض م - ٢٣ - ١٦٢ - وبنفس المعنى ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٩٦ سنة ٣٥ق - م نقض م - ٢١ - ٩٢٠ - ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٤٤٤ سنة ٣٠ق - م نقض م - ١٦ - ٨١٥ - ١٩٨٥/٢/١٣ طعن ٣٩٧ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٦ - ٢٦٥) وبأنه يكفي للحكم ببطلان التصرف وفقا لنص المادة ١١٥ من القانون المدني أن يكون صادرا من سفيه ولا يشترط اجتماع الأمرين (السفه والغفلة) ومتى أثبت الحكم أن التصرف الصادر من السفيه كان نتيجة استغلال فإن ذلك يكفي لإبطاله ولو كان صادرا قبل توقيع الحجر عليه " (١٩٦٨/١١/١٤ طعن ٤٤٦ سنة ٣٤ق - م نقض م - ١٩ - ١٣٥٤).

والمقصود بالاستغلال لا يتحقق بمجرد علم المتصرف إليه بقيام حالة السفه أو الغفلة ، ولا بمجرد توافر قصد الاستغلال لديه بل يجب حصوله فعلا على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول ، أما التواطؤ بتصرف من يتوقع الحجر عليه الى من يتواطأ معه بقصد تفويت آثار الحجر :

فقد قضت محكمة النقض بأن " التصرف الصادر من ذي غفلة أو من السفيه قبل صدور قرار الحجر لا يكون وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني الملغي – وقننه المشرع في المادة ١١٥ من القانون القائم – باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله ، والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف في أمواله الى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب ، ومن ثم فلا يكفي لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفلة بل يجب أن يثبت الى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه . كما أنه لا يكفي لتحقق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة بل يجب كذلك أن يثبت أن هذا المتعاقد قد استغل ذي الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد وميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذي يتطلبه القانون " (١٩٦٤/٥/٢١ طعن ٢٠٠ سنة ٢٩ق – م نقض م – ١٥ – ٧٠٦ – وبنفس المعنى نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٤٤٤ سنة ٣٠ق – م نقض م – ١٦ – ٨١٥ ونقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٦١ سنة ٣٥ق – م نقض م – ٢٠ – ١٨٢ ونقض ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٩٦ سنة ٣٥ق – م نقض م – ٢١ – ٩٢٠ ونقض ١٩٧١/٤/٢٠ طعن ٣٨٣ سنة ٣٦ق – م نقض م – ٢٢ – ٥٠٦) وبأنه المقصود بالاستغلال – في حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدني – أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثري من أمواله فإذا أثبت الحكم المطعون فيه في حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته الى المال فاستصدرا منه التصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيرا عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الاغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر الى الطاعنين كان نتيجة استغلال وبالتالي يكون هذا التصرف باطلا وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر " (١٩٦٨/١١/١٤ طعن ٤٤٦ سنة ٣٤ق – م نقض م – ١٩ – ١٣٥٤) وبأنه " تقدير ما إذا كانت الفائدة التي حصل عليها السفيه أو ذو الغفلة من التصرف الذي أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص انعدام هذا التعادل في التصرف الصادر الى الطاعن من أن الثمن الذي اشترى به لا يتناسب البتة مع القيمة الحقيقية للعين المبيعة وقت التعاقد وكان هذا الاستخلاص من الحكم مستمدا من وقائع تؤدي إليه فإنه لا معقب عليه في ذلك " (١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٤٤٤ سنة ٣٠ق – م نقض م – ١٦ – ٨١٥ – وبنفس المعنى ١٩٨٥/٢/١٣ طعن ٣٩٧ سنة ٤٩ق – م نقض م – ٣٦ – ٢٦٥) وبأنه " قرار الحجر للسفه وإن لم يكن له أثر في ظل القانون المدني القديم إلا من تاريخ صدور هذا القرار ، غير لأن التصرفات السابقة – على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – تبطل أو تكون قابلة للإبطال إذا كانت نتيجة غش أو تواطؤ كما لو كان المتصرف له قد تعامل مع السفيه وهو عالم بسفهه أو تواطأ معه في تعامله لتفويت آثار حجر متوقع مما تتوافر معه عناصر الاحتيال على القانون . فمتى كان الحكم قد خلص لأسباب واقعية لا مطعن عليها الى أن من صدر له سند الدين موضوع النزاع كان عالما وقت صدوره بحالة السفه التي كان عليها المدين وأنه كان سيء النية إذ استغل هذه الحالة في استكتابه له فإن الحكم فيما انتهى إليه من عدم الاعتداد بهذا السند لا يكون قد أخطأ في القانون " ١٩٥٧/٤/١١ طعن ٩٠ سنة ٢٣ق – م نقض م – ٨ – ٤٠٤ – وبنفس المعنى في ١٩٥١/١/٢٥ طعن ١٩٩ سنة ٢٨ق – م ق م – ٣٥ – ٣١٩ – ١٩٥٦/١٠/٢٥ طعن ٦ سنة ٢٣ق – م نقض م – ٧ – ٨٤٧ – ١٩٣٢/١٢/٨ طعن ٢٨ سنة ٢ق – م ق م – ٢٩ – ٣١٨ – ١٩٤٣/١١/١٨ طعن ٢٦ سنة ١٣ق – م ق م – ٣٠ – ٣١٨)

وبأنه التصرف الذي يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطئه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقا لقرار الحجر ، فإذا كان الحكم قد ابطل مثل هذا التصرف دون أن يعنى ببحث هذه العناصر ودون أن يبحث المستندات المقدمة من المتصرف له للاستدلال على مديونية تركة مورث المحجور عليه واتخاذ الدائنين لها إجراءات نزع الملكية وتوقيته هو نصيب المحجور عليه في بعض هذه الديون ، مقتصرا على ما أورده من قرائن مجملة فإنه يكون قاصرا يستوجب نقضه " (١٩٥٠/١/٥ طعن ٦٤ سنة ١٨ق - م ق م - ٣٤ - ٣١٩ - وبنفس المعنى في ١٩٤٩/١٢/٨ طعن ٦٣ سنة ١٨ق - م ق م - ٣١ - ٣١٨ وراجع في سلامة تصرف المطلوب الحجر عليه للسفه الى زوجته المقتدرة لعدم كفاية إيراده ١٩٥٠/٥/٢٥ طعن ٢٠٦ سنة ٨ق - م ق م - ٣٨ - ٣١٩ ، وفي سلامة إتمام المشتري العقد الرسمي عن عقد عرفي كان قد حرره مع المطلوب الحجر عليه للسفه قبل إنذاره من زوجة الأخير بتقديمها طلبا لتوقيع الحجر عليه للسفه " (١٩٤٦/١١/٦ طعن ٧٣ سنة ١١ق - م ق م - ٣٦ - ٢١٦)

والتصرف الضار ضررا محضا باطلا،أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي قابلة للإبطال لصالح المحجور عليه فيكون له وحده دون المصرف إليه طلب إبطالها كما يكون له أو للقيم عليه أو للمحكمة بحسب الأحوال وإجازتها صراحة أو ضمنا :

فقد قضت محكمة النقض بأن " تصرف السفيه - في ظل القانون المدني القديم وفي حكم القانون الحالي على السواء - يكون في حالة ثبوت التواطؤ والاستغلال باطلا بطلانا مطلقا إذا كان تصرفه ضارا به ضررا محضا كما هو الحال في التبرعات وقابلا للإبطال إذا كان من المعارضات ، فإذا كان الحكم قد قطع بأن الدين لم يكن جديا وأن الدائن استكتب المدين سند الدين وهو عالم بحالة سفهه مستغلا بسوء نية هذه الحالة وما مؤداه أنه السند كان تبرعا فإن قضاء الحكم ببطلانه - دون إبطاله - لا يكون قد خالف القانون " (١٩٥٧/٤/١١ طعن ٩٠ سنة ٢٣ق - م نقض م - ٨ - ٤٠٤ - وبنفس المعنى في ١٩٣٦/١٠/٢٢ طعن ١٦ سنة ٦ق - م ق م - ٣٩ - ٣١٩)

كما قضت بأن " تصرف المحجور عليه الدائر بين النفع والضرر - كالبيع - لا يكون قابلا للإبطال إلا لمصلحته هو فلا يسوغ إلا له أو لممثله القانوني التمسك به ، وإذا كان البائع لمورثة المطعون عليهم لنصيب في العقار محل عقد القسمة لم يختصم في الدعوى الحالية بصحة ونفاذ هذا العقد الذي أبرمته معها ، كما لم يختصم فيها القيم عليه ، ولم يتدخل الأخير فيها فإن الطاعنين - وهم باقي المتقاسمين - يكونون ولا صفة لهم في الطعن على البيع بأى مطعن ولا يكون لهم بالتالي أن يطلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات بطلان البيع وإذا التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الطلب فلا يكون قد أخل بحق الدفاع ولا أساس لما يقول به الطاعنون من أن صفة الطاعن الثاني كانت قائمة في الدعوى باعتباره قيما على البائع ذلك أن المستأنف عليهم - ومن قبلهم مورثهم - لم يختصموه بصفته قيما بل أقاموا الدعوى عليه بصفته الشخصية واستمروا على أساس مخاصمته بهذه الصفة جون سواها فلما قضى لصالحهم بالحكم الابتدائي استأنف الطاعنون - ومن بينهم الطاعن الثاني - بصفتهم الشخصية ونهجوا في دفاعهم على التحدث عن صوالحهم الخاصة ولم يتدخل الطاعن الثاني في الدعوى بصفته فيما بالطريق الذي رسمه القانون " (١٩٧٨/١١/١٦ الطعن ٩٥٤ لسنة ٤٤ق) وبأنه " لما كان عقد البيع من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر على أساس أنه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فإنه طبقا للمادتين ١/١١٥ ، ٢/١١١ من القانون المدني يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه قابل للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال إذ أجاز المحجور عليه التصرف بعد رفع الحجر عنه أو إذا صدرت الإجازة من القيم أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون " (١٩٧٦/٢/٣ طعن ٣٠٨ سنة ٤٢ - م نقض م - ٢٧ - ٣٧٦)

وبأنه وقف الدعوى طبقا لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات مناطه أن ترى المحكمة ضرورة تعليق حكمها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى وتكون هذه المسألة خارجة عن اختصاصها ، وليس كذلك الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر الذي يكون للمحكمة أن تفصل في أوجه البطلان الموجهة إليه متى قدمت من القيم صاحب الصفة في إبدائها وهو ما لم يتم في الدعوى فيكون ولا مجال لأعمال ما تنص عليه المادة ١٢٩ من قانون المرافعات " (١٩٧٨/١١/١٦ في الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٤ق) وبأنه " الرأى في المذهب الحنفي أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوده وليه الأبعد مع وجود الأقرب ، فإن عقد الزواج يكون موقوفا على أجازة الولى الأقرب فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، والإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المرحوم .... زوج المعتوه بالمطعون عليها ، وهو من أقاربه البعيدين واعتبر الحكم أن الطاعن ، وهو شقيق المعتوه وولى النكاح الأقرب ، قد أجاز عقد الزواج دلالة بحضوره مجلس العقد واستئجاره مسكنا لشقيقه المذكور بعد الزواج للإقامة مع زوجته وتردده عليهما في ذلك المسكن واستلامه لشقيقه (المعتوه) من والد زوجته ، وتأخره في رفع الدعوى ، ولما كانت هذه الأمور لا تدخل في مفهوم الإجازة دلالة بمعناها الشرعي ، إذ لا تحمل أى معنى مشترك من المعاني التي وضعت لإجازة عقد الزواج وليسن شرطا له ولا ركنا فيه ولا أثرا من آثاره ، ولا يوجد فيها معنى ثابت للإجازة ثبوتا قطعيا لا يحتمل الشك ، بل تحتمل أكثر من احتمال ، لأن سكوت ولى النكاح في مجلس عقد زواج محجوره ، لا يكون رضا إذ يحتمل الرضا السخط ولأن تأجير الطاعن مسكنا للمعتوه بعد الزواج وزيارته فيه واستلامه من والد الزوجة ، أمور يباشرها ولى النفس باعتبار أنها من لوازم ولاية الحفظ ومقتضياها الواجبة عليه نحو محجوره أو بدافع الشفقة عليه ، ولأن مضى المدة مهما طال أمدها لا يعتبر إجازة للعقد الموقوف ، وهى ما يتعين معه حسب النصوص الفقهية ألا تعتبر هذه الأمور منفردة أو مجتمعة إجازة بطريق الدلالة من الولى الأقرب لعقد زواج المعتوه ، وذلك ما لم يكن قد جرى عرف مخالف اعتبرها إجازة بالدلالة " (١٩٧٣/٢/١٤ طعن ٧ سنة ٣٩ق – م نقض م – ٢٤ – ٢٥١)

صحة تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة في غير الأحوال السابقة:

... وتنص المادة (١١٦) من القانون المدني على أن :

١- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة في ذلك.

٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ".

ويلاحظ أن الفقرة الثانية وإن أغفلت كر ذي الغفلة إلا أن المادة ٦٧ من المرسوم بقانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ أجازت له نفس الأمر ، ويرى البعض أنه يمكن القياس على الحالات التي استثنيت بالنسبة للصبى المميز من الأصل العام المقرر في أهليته ومنح فيها مباشرة أعمال كانت ممنوعة عليه طبقا للأصل العام وإجراء حكمها على السفيه وذي الغفلة لقيام الأحكام التي تحكمهم جميعا على اعتبار أنهم ناقصو أهلية الأداء لنقص في التمييز وذلك ما لم يتعذر القياس بتعارض حكم الحالة المستثناة لطبيعة أساس الحجر كحالة الإذن للصبى المميز بالتجارة غير أنه يمكن إجازة إجرائه عقد العمل الفردي وإجازة تصرفه في المال الناتج من العمل كالأجر وأهليته للتصرف فيما يوضع من مال تحت يده مخصص لنفقته في حدود هذا الغرض . (راجع في ذلك الوجيز في نظرية الحق محمد عبد العزيز ص١٥٦ - أصول القانون حسن كيرة ص٨١٩).

وعلى ذلك يجوز للمحجور عليه لسفه أو غفلة الوقف أو الإيصاء بكل أو بعض ماله بشرط إذن محكمة الأحوال الشخصية على أن الوقف هنا يكون على نفس السفيه أى أنه وقف أهلي وقد ألغى ، ويتطلب المشرع كمال الأهلية بالنسبة للوصية على أنه إن ظهر بعد ذلك حالة سفه يبقى التصرف صحيحا ولا يبطل.

كذلك يجوز للمحجور عليه لسفه أو لغفلة أن يتسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها ويطبق عليه أحكام القاصر المأذون فتعد تصرفاته صحيحة .

حكم زواج وطلاق السفيه والمعتوه :

يعتبر زواج السفيه وطلاقه صحيح دائماً ويشترط فيه موافقة الوصى إذا كان محجور عليه والسفيه هو المسرف الذي ينفق أمواله على وجه غير صحيح .مما يجعلها عرضة للخطر وذلك خلاف الشخص العادي الذي ينفق أمواله بمقتضى العقل والشرع .

أما زواج المحجور عليه لعته فهو لا يصح إلا بإجازة الولى .

مــوانـــع الأهليـــــة :

وهناك بعض الموانع التي تعترض الأهلية وهى موانع مادية موانع طبيعية وموانع قانونية .

المقصود بموانع الأهلية :

هى أسباب طارئة مؤقتة تعمل على إعاقة الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، رغم أنه كامل الأهلية أى أهلية الأداء .

وهذه الموانع قد قسمت الى ثلاث موانع أولها : مانع طبيعية : وهى مثل العاهة المزدوجة أى إصابة شخص بعاهتين مجتمعتين معاً ويحتاجان لمساعد قضائي يعين بحكم محكمة ، كذلك العجز الجسماني الشديد ، وثانيهما : موانع مادية : وهى مثل الغيبة سواء كان الشخص مفقود ، أو محل إقامته ليس معلوم أو أن محل إقامته معلوم لكته بالخارج ولا يستطيع مباشرة أعماله بمصر ، وثالثهما : موانع قانونية : وهى كالشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية فيكون خلال فترة العقوبة عديم الأهلية ويعين له المحكمة قيماً لإدارة أمواله .

الشخصيــة القانونيـة المعنويـــــة :

فكرة الشخص الاعتباري :

اقتضت الضرورة العلمية أن يعترف القانون لغير الإنسان بالشخصية القانونية،فلم تعد هذه الشخصية قاصرة على الأشخاص الطبيعيين وحدهم،بل أصبحت هناك شخصية قانونية أخري تقوم بنشاط قانوني،تصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات،هذه الشخصيات القانونية تنشأ من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين، ويكون لها كيانها المستقل عن شخصية المكونين لها وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال. والشخصيات التي تنشأ في هذه الحالة ليست شخصيات طبيعية،لهذا يطلق عليها أسم الأشخاص القانونية personnes juridiques كما يطلق عليها كذلك اسم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية personnes morales نظرا لأن الشخص في هذه الحالة إنما هو معنى يقوم في الذهن فقط لا يدركه الحس، ولا يكون شخصا إلا إذا اعتبره القانون كذلك وقد اختار القانون المدني المصري من بين هذه الاصطلاحات اصطلاح" الشخص الاعتباري"وذلك في كل حالة تثبت فيها الشخصية القانونية لغير الإنسان . (د/توفيق فرج.مرجع سابق ص٧١٢).

ولا شك أن أساس فكرة الشخص المعنوي هي حاجة الأفراد إلى توحيد جهودهم بالتجمع لأن الإنسان ضعيف بمفرده قوي مع غيره.كما أن حياته قد لا تكفي لتحقيق أهدافه التي يريد تحقيقها،لهذا كان لابد من تجميع الجهود في جماعات يمكنها تحقيق ما يعجز عنه الشخص بمفرده ، ومن خصم رءوس الأموال في المشروعات الاقتصادية الكبرى التي تستلزم رءوس أموال كبيرة،وبذلك قامت الجمعيات،كما قامت الشركات. ولما كان تحقيق الأهداف التي تسعى إليها هذه الشركات وتلك الجمعيات لا يتم في حياة الفرد، كان من اللازم الاعتراف لمجموعات الأشخاص التي تتكون منها الجمعية أو الشركة في هذه الحالة بشخصية مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها،فيكون لها حياتها المستقلة بحيث لا يؤثر انقضاء حية بعض هؤلاء الأفراد أو كلهم على بقائها تمارس حتى تحقق أهدافها.هذا ما يتحقق في حالة مجموعات الأفراد. وهو ما يتحقق أيضا في حالة تخصيص أموال معينة لتحقيق أغراض معينة؛ فقد يرغب شخص تحقيق غرض معين،غرض خيري مثلا،ويري أن حياته تقصر عن تحقيق هذا الغرض فيرصد أموالا معينة لتحقيق ما يصبو إليه، كإنشاء مستشفي أو ملجأ. وفي هذه الحالة يعترف لهذه المجموعة من الأموال بالشخصية الاعتبارية. وهى شخصية لا تقوم على أساس مال مخصص لغرض معين. ومجموعات الأموال في هذه الحالة يقال لها المؤسساتfondations والاعتراف بالشخصية الاعتبارية لمجموعات الأموال يترتب عليه أن يكون لهذه المجموعات حياة مستقلة عن حياة من قام بتخصيصها.

والاعتراف بشخصية مستقلة لمجموعات الأشخاص أو الأموال على هذا النحو يرتب نتائج أخري على درجة كبيرة من الأهمية.ذلك أن قيام شخص اعتباري له شخصية مستقلة عن شخصية المكونين له بجعله أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، فيصير دائنا ومدينا، له ذمة مستقلة عن ذمة المكونين له. كما أنه في حالة التقاضي يكون له أن يرفع الدعاوي وترفع عليه الدعاوي كذلك وإلى جانب هذا فإن الشخص الاعتباري يتميز بجنسية مستقلة عن جنسية من ساهموا في قيامه،وله.

التعريف بالشخص الاعتباري :

الشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمي إلى تحقيق هدف معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الهدف.

خصائص الشخص الاعتباري :

١- أن الشخص الاعتباري يقوم لتحقيق هدف معين. هذا الهدف بدوره يستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين له.وباختلاف هذا الهدف لدي الأشخاص الاعتبارية تختلف أنواعها.فإذا كان الهدف عاما، يشرك الشخص الاعتباري بنصيب في السلطة العامة، كان من أشخاص القانون العام. أما إذا كان الهدف خاصا يحقق صالح جماعة معينة، كان من أشخاص القانون الخاص. وفي هذه الحالة الأخيرة قد يقصد الحصول على ربح مادي كما هو الشأن بالنسبة للشركات وقد يقصد تحقيق أغراض أخري غير الربح المادي، أغراض خيرية أو إنسانية أو دينية أو علمية. كما هو الشأن بالنسبة للجمعيات.

٢- أن الشخصية الاعتبارية لها حياة مستقلة عن حياة الأفراد المكونين لها. وبالتالي فإن حياتها لا ترتبط بحياة أحد المكونين لها.

٣- أن الشخص الاعتباري لا يمنح من الشخصية القانونية إلا بقدر ما يلزم لتحقيق أهدافه.ومعنى ذلك أن نشاطه القانوني ينبغي أن يتحدد بالحدود التي أنشئ من أجلها.فلا يحوز لجمعية أن تدخل في مضاربات مالية، كما لا يحوز لمؤسسة من المؤسسات،كمستشفي مثلا، أن تؤجر بعض غرفها للنوم كالفنادق.ولما كان الشخص الاعتباري لا يتمتع بالشخصية القانونية إلا في الحدود اللازمة لتحقيق أهدافه، فقد نص القانون على أنه لا يحوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخري على عقارات، إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله.(توفيق حسن فرج ص٧١٦)

بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها :

أولا :بدء الشخصية الاعتبارية :

الشخص الاعتباري ومقوماته :

لا تبدأ الشخصية الاعتبارية إلا بعد الاعتراف بها من السلطة المختصة في الدولة. هذا الاعتراف شرط جوهري لقيام الشخصية. وقد يكون هذا الاعتراف عاماً، كما قد يكون خاصاً. ولكي يتم الاعتراف بالشخص الاعتباري يتعين أن تستوفي شروط معينة. وإذا ما توافرت هذه الشروط قامت الشخصية من حيث الواقع، فتصير بذلك حقيقة واقعية. ولكن لابد من تدخل المشرع بالاعتراف بها حتى يولد الشخص الاعتباري قانوناً فتصير الحقيقة الواقعية حقيقة قانونية، تعامل معاملة الإنسان من حيث الوجوب لها أو عليها، أي تكتسب الحقوق وتتحمل بالالتزامات.

ضرورة توافر شروط معينة لقيام الشخصية من حيث الواقع :

لكي يعترف القانون بالشخص الاعتباري يتعين أن تتوافر بعض الشروط. فلابد أولاً من أن يكون هناك عمل إرادي يقوم به أشخاص طبيعيون، ويتم طبقاً للشروط التي يتطلبها القانون. هذا العمل الإرادي إما أن يكون عقداً، ما هو الشأن بالنسبة للجمعيات والشركات، وإما أن يكون تصرفاً قانونياً من جانب واحد، كما هو الشأن في حالة الوقف والمؤسسة. وإلى جانب ذلك فلابد أن يكون هذا العمل الإرادي بقصد تحقيق غاية معينة، غاية ممكنة ومشروعة بطبيعة الحال. هذه الغاية تتنوع بحسب الأحوال، فقد يقصد من وراء ذلك الحصول على ربح مادي كما هو الشأن في حالة الشركات، وقد تكون الغاية دينية أو أدبية أو خيرية أو علمية. وهذا هو الشأن في حالة الجمعيات والمؤسسات. ولابد أن يكون الهدف الذي قام الشخص من أجل تحقيقه جماعياً يرمي إلى تحقيق مصلحة جماعية مستقلة عن المصالح الخاصة للأفراد، أي لا يتعلق بمصلحة فرد معين، كما لا ينبغي أن يتخذ الشخص الاعتباري شعاراً لإخفاء نشاط بعض الأشخاص، إذ في مثل هذه الحالة لا يكون لوجوده ما يبرره، فهو ليس إلا حيلة لستر مصالح من يستترون وراءه. فوجوده وجود صوري. إذ الأغراض الفردية تتنافى مع وجود الشخص الاعتباري، لأن الغالب ألا يقتصر الأمر على تمثيل مصلحة جيل واحد من الأفراد بل قد تندمج مصالح الأجيال المتعاقبة في تلك المصلحة الجماعية التي يمثلها الشخص الاعتباري. والفرد وحده يعجز عن تحقيق تلك الأهداف، نظراً لأن هذا يتجاوز حدود طاقته في المكان والزمان، ولابد لذلك من جماعة من الأشخاص لها نوع من الاستمرار. وبالإضافة إلى ما سبق يلزم أن يكون هناك تنظيم **Organisation** من شأنه أن يكفل وجود إرادة تعمل على تحقيق الأغراض التي أنشئ الشخص الاعتباري من أجل تحقيقها. فبمقتضى هذا التنظيم تعين الهيئة أو الهيئات التي تمثل الشخص الاعتباري وتعبر عن إرادته وتعمل لحسابه. ولا تعارض في هذا بين نسبة الحق إلى الشخص الاعتباري، فقد رأينا أن الاستئثار قد يثبت للشخص ولو لم تتوافر لديه الإرادة.

ضرورة اعتراف القانون حتى تبدأ الشخصية من الناحية القانونية :

إذا توافرت الشروط السابقة قامت الشخصية من حيث الواقع ولكنها لا توجد من الناحية القانونية، لأنه لابد من تدخل السلطات المختصة لإقرارها حتى تبدأ الشخصية الاعتبارية، أو بعبارة أخرى حتى تولد وتكتسب الشخصية القانونية، كما يولد الشخص الطبيعي، ويكتسب الشخصية القانونية. فتوافر الشروط السابقة من شأنه أن يوجد كائناً، لكن هذا الكائن لا يكتسب الشخصية الاعتبارية في الوسط القانوني الذي يوجد فيه، إذ لابد من أن يقبل هذا الوسط شخصيته. وهذا ما كان لازماً حتى بالنسبة للشخصية الطبيعية. فلقد كان للرقيق فيما مضى كل الصفات والخصائص التي للشخص

ومع ذلك لم يكن يعتبر شخصاً قانونياً. وهذا هو الواضح الآن بالنسبة لكل جماعة تتوافر فيها الشروط السابقة ولا يعترف بها القانون كشخص اعتباري. وإذا كان لابد من إقرار القانون واعترافه بهذا الكائن الذي يوجد من حيث الواقع، فإن هذا الاعتراف يأتي بالنسبة للدولة من مجموعة الدول الأخرى، أما بالنسبة لغير الدولة من الجماعات. فإنه يأتي من الدولة نفسها بالنسبة للجماعات التابعة لها. وفي إقرار الدولة للكائنات التي توجد من حيث الواقع، هي لا تخلقها أو تنشئها Créer وإنما هي تقرها وتعترف بوجودها

الاعتراف العام والاعتراف الخاص :

هذا الاعتراف بالشخص المعنوي قد يكون عاماً عن طريق تنظيم قانوني عام système de la réglementation legal وقد يكون خاصاً بكل شخص على حدة reconnaissance spéciale. وفي الحالة الأولى، حالة الاعتراف بصورة عامة، تضع الدولة شروطاً عامة إذا توافرت في جماعة من الأشخاص، أو في مجموعة من الأموال، قامت الشخصية الاعتبارية. والشخصية في هذه الحالة تثبت بمجرد تحقيق الشروط دون تدخل لاحق من الدولة، اللهم إلا ما يتعلق بدورها في مراقبة توافر الشروط المطلوبة. وهذا ما يطلق عليه أيضاً بالاعتراف غير المباشر. أما في الحالة الثانية فإن الدولة تتدخل للاعتراف بالشخصية في كل حالة على حدتها وترخص في قيامها ترخيصاً خاصاً بذلك. ولهذا يطلق على الاعتراف الخاص نظام الترخيص système de l'autorisation. ومن البديهي في هذه الحالة أن اعتراف الدولة بالشخصية لا يكون إلا إذا توافرت الشروط المطلوبة. وهنا يقال إن الاعتراف بالشخصية اعتراف مباشر. وفي حالة الاعتراض الخاص لا تبدأ الشخصية إلا من تاريخ القرار الذي يصدر دمن الدولة (أو إحدى سلطاتها) بالاعتراف بها، وليس من تاريخ تكوينها ، والاعتراف بالشخصية المعنوية على هذا النحو هو السبيل الذي تتجه إليه معظم التشريعات الحديثة في الوقت الحاضر. وهذا هو ما سلكه المشرع المصري، إذ تنص المادة ٥٢ مدني على ما يعتبر أشخاصاً اعتبارية. ويبدو من هذا النص أن المشرع قد جمع بين طريقتي الاعتراف العام والاعتراف الخاص، وإن كان الأصل – في نطاق القانون الخاص – هو الاعتراف العام . فالقاعدة أن الشخص الاعتباري ينشأن متى كان من الأشخاص التي ذكرتها المادة ٥٢، منذ تكوينه وبقوة القانون دون حاجة إلى ترخيص خاص بذلك وهذا هو الشأن بالنسبة للجمعيات والشركات تجارية كانت أو مدنية، وكذلك بالنسبة للأوقاف والمؤسسات. وهذه هي الأشخاص التي ذكرها النص وتندرج في نطاق القانون الخاص الذي تهمنا دراسته في هذا المجال. والواقع أن هذه الصور من الأشخاص الاعتبارية التي ذكرتها المادة ٥٢ – إلى جانب ما ذكرته من صور أخرى تدخل في نطاق القانون العام (الفقرة الأولى من المادة) – "تتسع لجميع صور الأشخاص المعنوية القائمة في مصر في الوقت الحاضر". فإذا وجدت هيئة من الهيئات لا تندرج تحت واحد من الأشخاص التي ذكرها القانون فإنها لا تعتبر شخصاً معنوياً. وإنما قد يعترف لها بالشخصية المعنوية بطريق خاص، وهو الطريق الثاني من طرق الاعتراف بالشخصية المعنوية ، ولقد راعى المشرع ذلك عندما بين الأشخاص الاعتبارية. فقد ذكر النص أشخاصاً معينة ثم أعقب ذلك في الفقرة السادسة بنصه على أنه يعتبر شخصاً اعتبارياً "كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون". فما لم يرد ذكره في المادة ٥٢ لابد – لكي يكتسب الشخصية الاعتبارية – من نص خاص يقررها طبقاً لحكم الفقرة السادسة ، ومن أمثلة الاعتراف الخاص طبقاً لنص المادة ٦/٥٢ ما نص عليه المشرع بالنسبة لبعض الهيئات، فقد اعترف في قوانين خاصة بالشخصية الاعتبارية لمؤسسة أبنية التعليم واللجنة العليا للإصلاح الزراعي... هذا هو الاعتراف بالشخصية الاعتبارية طبقاً للنظام القانوني المصري. فما ورد ذكره بين الأشخاص المنصوص عليها المادة ٥٢ مدني يعتبر شخصاً معنوياً إذا استوفى الشروط اللازمة لتكوينه، وما لم يرد ذكره في هذه المادة فإنه لا يكتسب الشخصية المعنوية إلا إذا صدر به اعتراف خاص من المشرع طبقاً لنص الفقرة السادسة من المادة سالفة الذكر. (راجع في كل ما سبق الدكتور توفيق فرج – مرجع سابق- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني – سليمان مرقص – مرجع سابق – كيرة – مرجع سابق).

ثانيا : انتهاء الشخصية الاعتبارية :

أسباب انتهاء الشخصية الاعتبارية :

هناك أسباب عدة لانتهاء الشخصية الاعتبارية فقد يتحدد له أجل في السند المنشئ له،وفي هذه الحالة ينتهي الشخص بانتهاء هذا الأجل.ومن ناحية أخري قد يقوم الشخص الاعتباري بتحقيق غرض معين،ويتحقق هذا الغرض بل وقد يصبح هذا الغرض مستحيلا تحققه وفي هذه الحالة ينقضي الشخص الاعتباري كذلك.

وإلى جانب ذلك فإن الشخص الاعتباري ينتهي كذلك بعاملين آخرين:بالحل وسحب الاعتراف. والحل إما أن يكون اختياريا باتفاق الأعضاء أنفسهم كما في حالة الجمعيات فيقرر الأعضاء حل الجمعية طبقا للشروط التي يقررها نظام التأسيس نفسه أو القانون وقد يكون الحل إجباريا عن طريق القضاء وذلك لأسباب قانونية ، كما إذا خالف الشخص الاعتباري القانون أو النظام والآداب، أو إذا وجد مسوغ خطير يبر ذلك.وقد يكون الحل عن طريق المشرع ما في حالة تأميم مشروع من المشروعات مثلا.

وينتهي الشخص الاعتباري كذلك بسحب الترخيص له أو الاعتراف به وذلك في الحالة التي يكون فيها ذلك أمرا لازما لوجوده،ومتى كان من المسكن ذلك.

وبانتهاء الشخص الاعتباري تصفي ذمته المالية فتسدد ديونه من أمواله،ويوزع الباقي منها وفقا لما يقرره سند إنشائه،أو ووفقا لما يقضي به قرار الحل. وقد يقضي قرار الحل بتحويل أموال الشخص الاعتباري إلى شخص آخر يتحد معه في الغرض أو يقرب غرضه من غرض الشخص الذي تقرر حله. كل هذا مع مراعاة ما قد يقرره القانون في هذا الصدد. بشأن الحالات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية.

مميـــزات الشخـــص الاعتبـــاري :

يتميز الشخص الاعتباري،كما يتميز الشخص الطبيعي باسم وموطن وحالة. ونتكلم عن كل من هذه الموضوعات فيما يلي :

أولا : اسم الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري اسم وعنوانه يتميز به، يشترط المشرع المصري ذكر الاسم والعنوان عند إنشاء الشخص الاعتباري وقد يكون الاسم معبرا عن الغرض الذي يهدف إليه الشخص الاعتباري كالجمعيات الاستهلاكية والمؤسسات العامة وشركات المساهمة.

ويحمي القانون التجاري المصري الاسم التجار للشركات بوصفها أشخاصا اعتباريه في حالة الاعتداء الغير عليه،فالمادة ٢ من قانون الأسماء التجارية تقرر حماية جنائية لهذه السماء بقولها"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة والغرامة لا تقل عن خمس جنيهات ولا تزيد عن مائة جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل عمدا اسما تجاريا على خلاف أحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له" (عبد الحكم فوده ص٨٤).

ويطبق هذا الحكم بوجه خاص على اغتصاب الاسم التجاري باستعمال اسم مماثل أو متشابه لاسم سبق قيده بمكتب السجل التجاري كما يشترط في الاستعمال أن يكون عمدا بقصد إيجاد اللبس أو التضليل لدي الجمهور.

وفضلا عن ذلك فإن الإسم التجاري يتمتع بحماية مدنية بموجب المدعي بدعوى المنافسة غير المشروعة وللمحكمة التي ترفع أمامها الدعوى أن تحكم بالتعويض بعدم استخدام الاسم كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه"راجع في ذلك الوجيز في القانون التجاري،الجزء الأول الدكتور مصطفي كمال طه، الطبعة ١٩٧١، ص٥٩٢ وكذلك الدكتور على حسن يونس ، القانون التجاري ، سنة ١٩٧٧، ص٣٥٨)

ثانيا : موطن الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري موطن خاص به،مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له حتى يمكن للغير وجوده فيه بالنسبة لما يتعلق بنشاطه القانوني فيمكن إعلانه فيه،ويحدد اختصاص المحاكم بالنسبة له.ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إرادته siege social ، ولا يقصد بذلك المكان الذي يوجد فيه مركز الاستغلال بل إن المقصود بمركز الإدارة هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري الذي توجد فيه الهيئات الرئيسية للشخص الاعتباري.فقد يقوم مركز الاستغلال في مكان ومركز الإدارة في مكان آخر.وهذا ما يحدث كثيرا،إذ نجد شركة من الشركات لها مركز إدارتها في القاهرة مثلا مع أن نشاطها في الأقاليم.وكذلك قد كون مركز إدارة الشركة في الخارج ولكن نشاطها ومركز استغلالها في داخل البلد،كما كان الشأن بالنسبة لشركة ترام القاهرة.

وقد وضع القانون نصا بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر، فقرر أن مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه إدارتها المحلية (مادة٢/٥٣مدني).

وتيسيرا على المتعاملين مع الشخص الاعتباري قرر القانون أن الأشخاص الاعتبارية التي تباشر نشاطها في أماكن متعددة يحوز اعتبار المكان الذي يوجد فيه الفرع موطنا خاصا بكل الأعمال المتعلقة به.وتبعا لذلك فإن من الممكن رفع الدعاوي أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة في المسائل المتصلة بهذا الفرع،وهذا لا يمنع بطبيعة الحال-طالما كان الأمر هنا جوازيا-من رفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها مركز الإدارة الرئيسي.

ثالثا : حالة الشخص الاعتباري :

ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية، لاستحالة أن تكون له أسرة. كما انه ليس له دين. وهذا فارق بينه وبين الشخص الطبيعي. ويقتصر الأمر بالنسبة له على الحالة السياسية أو الجنسية.

رابعا : أهلية الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري أهلية وجوب وأهلية أداء.

١- أهليــة الوجوب :

إذا ما نشأ الشخص الاعتباري يثبت له الشخصية القانونية فيكون أهلا للوجوب له وعليه.

ونظرا لوجود فوارق بين الشخص الطبيعي والاعتبار من حيث طبيعة كل منهما ولهذا فان نطاق أهلية الوجوب تختلف بحيث تحدد بالنسبة إلى الشخص المعنوي بحسب طبيعته وأغراضه.

أما بالنسبة لتحديد نطاق أهلية وجوبه بما يتفق وطبيعته لاختلاف طبيعة تكوينه عن الشخص الطبيعي.فيكتسب الشخص الاعتباري من الحقوق ونتحمل من الالتزامات بما يتفق مع هذا التكوين.

ولذا نصت المادة١/٥٣مدني مصري على أنه" الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية".

فكل ما يعتبر ملازما لصفة الإنسان الطبيعية من حقوق لا تثبت للشخص الاعتباري من ذلك حقوق الأسرة بصفة عامة، فلا تثبت له مثلا حقوق الزوجية أو حقوق ناشئة عن القرابة.

أما بالنسبة إلى صلاحيته لكي يكون صاحب حق ذهني فالأصل أنه لا يمكن أن يثبت له ذلك لأن الإنتاج الذهني مسألة تتعلق بالإنسان وحده لأنه فيه تفكير عقلي لا يملكه الشخص الاعتباري.

ومع ذلك فإن القانون يقر له بحق المؤلف ويجعل له حق الصرف في حالة الصفقات الجماعية وهي الصفقات التي يشترك في وضعها جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي تتكفل بنشره تحت إراداته وباسمه.

هذا بالنسبة للقيود التي ترد وترجع إلى صفة الشخص الاعتباري أما القيود التي ترجع إلى الغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من اجله فقد نصت المادة ٥٣ فقرة ٢من القانون المدني المصري على ما يأتي:

أن للشخص الاعتباري "أهلية في الحدود التي يبينها سند إنشائه أو التي.....يقررها القانون"

فالشخص الاعتباري يتحدد أهليته كذلك بالغرض الذي أنشئ من أجله وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص principe de la specialite ويتحدد بتخصيص الشخص المعنوي بغرض معين في سند الإنشاء ويطلق على هذا التخصيص بمقتضي النظام الأساسي statutaire حيث ينص في النظام الأساسي على الغرض الذي يسعي الشخص الاعتباري إلى تحقيقه ولا يجوز له أن يتعداه. فإذا قامت شركة بغرض معين فلا يصح أن تقوم بأعمال قانونية خارج هذا الغرض اللازم لتحقيق أهدافها فلا يجوز لنادي رياضي أن يباشر أعمالا تجارية أو لملجأ أن يستقبل نزلاء أصحاء كأنه فندق ومن جهة أخري فإن القانون قد يتولي تحديد هذا الغرض وهو ما يسمى بالتخصيص القانوني specialite legal كما هو الشأن بالنسبة إلى الجمعيات إذ يتحدد أغراضها بما لا يهدف بالحصول على ربح مادي.(راجع في ذلك محاضرات في المدخل للقانون صـ٨٢ الدكتور شمس الوكيل في نظرية الحق لسنة١٩٥٣).

٢- أهليـــة الأداء :

لما كان مناط أهلية الأداء هو التميز والإدارة وهو ما لا يتوافر بالنسبة للشخص الاعتباري كان من اللازم- وهذا أمر تفرضه طبيعة الأمور-أن يقوم عنه أشخاص طبيعيون بمباشرة نشاطه القانوني ويعملون لحسابه.

وقد سبق أن رأينا في صدد تعريفنا للحق أن الاستئثار قد يثبت للشخص حتى ولو لم تكن له إرادة ما،وهذا لا ينفي ثبوت الشخصية بالنسبة له وصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ويقرر القانون في هذا الصدد أن الشخص الاعتباري يكون له نائب يعبر عن إرادته(مادة٣/٥٣مدني) ويقصد بذلك أن نائب الشخص الاعتباري يقوم بمباشرة أوجه النشاط القانوني المختلفة الخاصة به ولحسابه.هذا النائب يستعد سلطته في مباشرة النشاط القانوني الخاص بالشخص الاعتباري من سند إنشائه. وقد يكون واحدا أو مجموعة من الأفراد وذلك كالمدير ومجلس الإدارة والجمعية العمومية.ولكل من هؤلاء أن ينوبوا عن الشخص الاعتباري في حدود اختصاصاتهم التي تثبت لهم في السند إنشاء الشخص الذي ينوبون عنه . (محمد سامي مدكورص١٦٥).

وإذا كان من اللازم لكي يحقق الشخص الاعتباري أغراضه أن يقوم أشخاص طبيعيون بمباشرتها عنه،فإنه ينبغي أن يراعي في هذا الصدد ضرورة التمييز بين نشاط هؤلاء الأشخاص باعتبارهم ممثلين للشخص الاعتباري وبين نشاطهم الشخصي الذي لا يتصل بنشاط الشخص الاعتباري.فمدير الشركة مثلا يقوم بنشاطه بصفته ممثلا للشركة كشراء قطعة أرض لازمة لوجه من أوجه نشاط الشركة.وهنا ينبغي التمييز بين هذين الوجهين من نشاطه وتدق هذه التفرقة بصفه خاصة في تحديد المسؤولية ،لأن صاحب المصلحة قد لا يعرف ما إذا كان ممثل الشخص الاعتباري يعمل لحسابه الشخص أم أنه يعمل لحساب الشخص الاعتباري.فإذا ما ثبت أن ممثل الشخص الاعتباري قد أرتكب الخطأ الذي يرتب المسؤولية بسبب أو بمناسبة نشاطه لحساب الشخص الاعتباري،وفي حدود اختصاصه تحمل الشخص الاعتباري المسؤولية وإلا كانت المسؤولية على ممثله بسبب خطئه الشخصي . (توفيق حسن فرج ص٧٣٦)

خامسا : الذمة المالية للشخص الاعتباري :

لما كان الشخص المعنوي كيان مستقل عن كيان أعضائه المكونين له فإن مقتضي ذلك أن يكون له حقوق والتزامات لا تختلط بحقوق والتزامات أعضائه،وبالتالي فإن له ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم .

ويترتب على ذلك أنه لا يكون لدائني هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بديونهم على الشخص الاعتباري كما انه ليس لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على الأموال الخاصة بالأعضاء للتنفيذ عليها.

ويستتبع استقلال ذمة الشخص الاعتباري عن ذمة المكونين له أنه تجوز مقاضاته،كما يجوز له أن يقاضي، أي أن له أن يرفع الدعاوي كما ترفع عليه الدعاوي وتنصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوي إلى ذمته الخاصة . (توفيق فرج ص٧٣٧).

أنــواع الأشخـــاص الاعتباريـــــة :

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى أشخاص معنوية عامة،وأشخاص معنوية خاصة وقد حدد القانون المصري في المادة ٥٣ الأشخاص المعنوية ولكنه لم يضع معيارا يوضح به متى يكون الشخص المعنوي عامة ومتى يكون خاصا،مع أن لهذا التقسيم أهميته،إذ تخضع الأشخاص العامة لقواعد القانون العام بينما تخضع الأشخاص الخاصة لقواعد القانون الخاص ويترتب على ذلك تمتع الشخص العام بحقوق وسلطات لا يتمتع بها الشخص الخاص.

وتدق التفرقة بين النوعين في كثير من الحالات وبصفة خاصة يتجه لتدخل الدولة في الوقت الحاضر وقيامها بنشاط مماثل لنشاط الأفراد من جهة ولتدخلها بالرقابة على أشخاص القانون الخاص.

ويرى الدكتور توفيق فرج أنه يمكن الاستعانة على الوصول إلى التفرقة بين الشخص العام والخاص بالبحث عن غرض الشخص،وما إذا كانت الدولة هي التي أنشأته وعن نوع الخدمات التي يؤديها وعن نوع الامتيازات التي يتمتع بها.

ويفضل الفقه معيارا أخيرا في هذا الصدد هو معرفة من له الكلمة الأخيرة في المشروع هل هي الإدارة أم الأفراد. فإذا كانت الإدارة كنا بصدد شخص من أشخاص القانون العام.

وعلي رأس الأشخاص الاعتبارية العامة توجد الدولة وإلي جانبها توجد المحافظات والمدن والقرى، وتمثلها مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية.كما توجد أيضا المنشآت العامة وهي المصالح العامة التي تنشئها الدولة وتمنحها شخصية مستقلة لتقوم بأحد المرافق العامة كالجامعات ودار الكتب.هذه المنشآت تتولي شأنها من الشئون العامة ولكنها لا تندمج في الدولة، لأن القانون يمنحها ذاتية مستقلة.

تعريف الذمة المالية :

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية.فالذمة هي مجموع الحقوق والالتزامات والحقوق تكون الجانب الإيجابي (l'actif) لها،ذلك أن ما للشخص من حقوق يكون من مجموعة قيمة معينة بصرف النظر عن العناصر المكونة له هذه القيمة التي يتكون منها الجانب الإيجابي تضمن تنفيذ الالتزامات المكونة للجانب السلبي.بمعنى انه يمكن للدائنين الحجز على هذا الجانب والتنفيذ لاستيفاء حقوقهم منه.

ولهذا فإن الجانب السلبي ينقض من الجانب الإيجابي ، وقد يزيد الجانب الإيجابي على السلبي أي تزيد حقوق الشخص على التزاماته فيكون موسرا. وقد يحدث العكس أي تزيد الالتزامات على الحقوق فيكون الشخص معمرا.والذي يدخل في الاعتبار هنا هو مجموع الحقوق والالتزامات التي لها قيمة مالية،فلا يدخل في الذمة المالية ما للشخص من حقوق غير مالية مثل الحقوق العامة، كالحق في الحرية والحق في سلامة الجسم ، وحقوق الأسرة كالسلطة الأبوية وسلطة الزوج على زوجته.

ومع ذلك فإن النتائج المالية التي يترتب على هذه الحقوق بصفة عامة تدخل في الذمة المالية.مثل ذلك إذا حصل اعتداء على حق من الحقوق العامة واستوجب هذا الاعتداء إلزام المعتدى بتعويض المعتدى على حقه،اعتبر التعويض من عناصر الذمة. وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لحقوق الأسرة وإذا ما ترتب عليها حق في النفقة. وبالنسبة للحقوق المختلطة مثل حق المؤلف والملكية الأدبية،فإن لها جانبين:جانب معنوي لا يدخل في عناصر تكوين الذمة المالية،وجانب مالي يدخل ضمن هذه العناصر.وكذلك الشأن بالنسبة للالتزامات،فإنه لا يدخل منها في الذمة المالية مكونا لجانب السلبي إلى الالتزامات ذات القيمة المالية.

فالواجبات التي تقابل الحقوق غير المالية"بل والواجبات العامة التي تقع على الكافة باحترام حقوق الآخرين والواجبات التي تقابل حقوق الأسرة مثل واجب الطاعة على الزوجة،كل هذه الواجبات لا تقدر بقيمة مالية ولا تعد تبعا لذلك من العناصر السلبية للذمة المالية.

والذمة المالية إذا كانت تشمل العنصرين السابقين فهي تشملها حالا ومالا أو حاضرا ومستقبلا، فإذا لم تكن للشخص أو عليه حقوق مالية في وقت معين،فليس معنى ذلك أن ليس له ذمة مالية،حيث لا يقتصر مفهوم الذمة المالية على الحاضر والمستقبل من الأموال وإنما يشمل أيضا ما يستجد منها مستقبلا،ولذلك شبهها البعض بوعاء يحتوى على الحقوق المالية والديون ،فإذا وجد هذا الوعاء في وقت ما فارغا،فإن هذا لا يخل بصلاحيته لتلقي ما يستجد لصاحبه من حقوق والالتزامات مالية في أي وقت أخ مادام صاحبه حيا وأهلا لأن يتعلق به هذا النوع من الحقوق والالتزامات . (عبد الحكم فوده ص١٠٤)

الجانــب الإيجـابــي فــي الذمــة الماليـــة :

سبق أن ذكرنا أن للذمة المالية جانبين :

جانب إيجابي وهو مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلا وكذلك الحقوق المالية التي ستعلق به في المستقبل(الأموال).

وجانب سلبي وهو مجموع التزامات الشخص المالية(الديون) وسوف نتناول هذا الجانب الإيجابي للذمة المالية(الأموال) .

المـــال والأشيــــاء :

ينبغي في هذا المجال أن نفرق بين الشئ والمال فالشئ ماديا كان أو غير مادي،هو محل الحق،سواء أكان محلا مباشرا كما في حالة الحق العيني،أم غير مباشر كما في حالة الحق الشخصي. أما المال فهو الحق المالي عينا كان هذا الحق أو شخصيا أو معنويا.وعلى ذلك يختلف الشئ عن المال وإن كان الشئ يعتبر في غالب الأحيان محلا للحق المالي فيكون مالا.لكن إذا لم يرد على الشئ حق من حقوق فلا نكون بصدد مال وإن كنا نوجد صدد مجرد شئ فقط،كما هو الشأن بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها،فهي أشياء وليست أموالا،لأنه لا يرد عليها حق لأحد.ومن جهة أخري فإن الحق المالي قد يكون محله عملا،فيعتبر العمل في هذه الحالة مالا ، ولا يرد الحق هنا مباشرة على الشئ بل على العمل وإن كان للشئ محلا غير مباشر في هذه الحالة . (توفيق فرج ص٧٦٥)

تعريـــف المـــال :

المال لغة كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. وكان في الأصل خاصا بالذهب والفضة،ثم أطلق على كل ما ينتفع به،وقانونا هو كل شئ نافع للإنسان يصح أن يستأثر به دون غيره،ويكون محلا للحقوق.فالأموال بالمعنى القانوني هي الأشياء التي لها قيمة اقتصادية . (عبد الحكم فوده ص٦٧)

أنـــواع الأمـــــوال:

... تقسم الأموال إلى تقسيمات كثيرة أهمها :

(١) الأموال المادية والأموال المعنوية :

الأموال المادية biens corpoerls **هي التي تقع تحت الحواس،وعلى الأخص تحت حاسة اللمس،كالأرض والبناء والملابس.**

والأموال المعنوية biens incorporels **هي التي لا تقع تحت الحواس ولا يتناولها الإنسان إلا بالتصور،وهي عبارة عن الحقوق ذات القيمة المالية،مثل حق الارتفاع وحق الانتفاع وحقوق المؤلفين والمخترعين ويدخل في هذا النوع الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، ولكن جرى العمل من قديم الزمان على اعتبار حق الملكية من الأموال المادية،وذلك لأنه أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا وبمقتضاه يتصرف الإنسان في الشئ موضوع الحق بكل التصرفات،وبالنسبة لذلك اعتبر أن الشئ هو الحق نفسه . (عبد الحكم فوده ص٦٧)**

وللتفرقة بين الأموال المادة والأموال المعنوية أهميتها من حيث الحيازة فقاعدة الحيازة في المنقول لا تنطبق إلا على المنقولات المادية.وفي حالة الرهن الحيازي تختلف حيازة المنقول المادي عن حيازة المنقول المعنوي(حسن كيرة الحقوق العينية . (توفيق فرج ، ص٧٦٩)

(٢) الأموال القابلة للاستهلاك والأموال غير قابلة للإستهلاك :

الأموال القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها ، (مادة٨٤ مدني).فهي الأشياء التي لا يتم الانتفاع بها إلا باستهلاكها. وقد يستهلك الشئ استهلاكا ماديا عن طريق إفناء مادته أو عن طريق تغيير صورته.فاستعمال المأكولات يكون بأكلها واستعمال المنسوجات يكون بتحويلها إلى ملابس.

أما الأموال غير القابلة للإستهلاك non–consomptibles فهي التي يمكن الانتفاع بها عن طريق استعمالها استعمالا متكررا أي لا تهلك من أول استعمال لها،حتى ولو أدى هذا الاستعمال إلى نقص قيمة الشئ أو هلاكه بمضي الزمن. وذلك كالملابس والأثاث والآلات والسيارات وغيرها.ومع ذلك فقد يخصص الشئ الذي ر يقبل الاستهلاك لغرض يجعله قابلا للاستهلاك كالملابس في متجر في كبضائع معدة للبيع لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها استهلاكا حكميا.فكل ما أعد في المتاجر للبيع يعتبر قابلا للاستهلاك . (مادة٢/٨٤مدني)

وللتفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغيرهما أهمية من حيث : (١)أن بعض الحقوق لا ترتب إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك من أول استعمال لها كحق الانتفاع والاستعمال السكني والارتفاق.(٢) بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال الأول،وهي العقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشئ الذي تسلمه بعد استعماله،كالإيجار وعارية الاستعمال . (توفيق فرج ص٧٧٠ وما بعدها).

(٣) الأموال المثلية والأموال القيمية :

الأموال المثلية وهي ما تسمى أيضا الأموال التي تعين بالنوع-هي الأموال التي تتشابه آحادها إلى حد كبير،أي لها مثيل لا يختلف عنها اختلافا يعتد به ويقوم بعضها مقام البعض وهي تقدر بالعدد كالبرتقال من نوع معين أو بالقماش كالأقمشة من نوع معين أو بالوزن كالقطن من نوع معين.

أما الأموال القيمية (non –fungibles) وتسمى أيضا الأموال المعينة بالذات، فهي أشياء تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به،ولا تقوم تبعا لذلك مقام البعض في الوفاء كمنزل أو أرض،أو حيوان فهذه الأموال كلها تتعين بذاتها و لا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو المكيل أو الوزن فإذا التزم شخص بتسليم منزل فإن الوفاء بالالتزام لا يصح عن طريق منزل آخر حتى ولو كان مشابها للمنزل الأول.وإذا التزم شخص بتسليم سيارة معينة باعها إلى آخر فلا يصح الوفاء بتسليم سيارة أخرى...وهكذا.

ويجب التفريق بين تقسيم الأشياء إلى ما يستهلك بمجرد الاستعمال وما لا يستهلك به وبين المثليات والقيميات فالتقسيم الأول مبنى على الأخص على طبيعة الأشياء، أما التقسيم الثاني فلقصد العاقدين تأثير كبير فيه،فقد يكون الشئ الواحد قيميا أو مثليا بحسب العقد،ويتغير الاعتبار المذكور بتغيير القصد ،وأنه وإن كانت المثليات في الواقع وفي غالب الأحوال مما يهلك بمجرد الاستعمال كالنقود والقيميات مما لا يهلك بالاستهلاك.

وتظهر أهمية التفرقة بين الأموال المثلية والأموال القيمية فيما يلي:

١- من حيث انتقال الملكية : تنتقل ملكية المنقول العين بالذات كحصان مثلا وهو شئ قيمي، بمجرد التعاقد أما إذا كان المنقول معينا بالنوع وهو شئ مثلي كمقدار من القمح ، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكنها لا تنتقل إلا بالإفراز(توفيق فرج.عقد البيع في القانون اللبناني بند ١٠٦ وما بعده).

٢- في حالة الالتزام بتسليم شئ : مثله إذا هلك الشئ فإن ذمة المدين لا تبرأ وعليه أن يقدم مثله كما لو ألتزم شخص بتسليم عشرة أرادب قمح هندي وهلك في مخزنه قبل تسليمها فإنه يلتزم بتقديم عشرة أرادب أخري من النوع والصنف نفسه. فالمثليات لا تهلك. أما لو ألتزم بتسليم شئ قيمي كحصان مثلا وهلك الحصان فإن ذمة الشخص تبرأ لاستحالة التنفيذ.

٣- من حيث الوفاء (الإيفاء) : في حالة الأشياء القيمية لا يقع الوفاء إلا بذات الشئ ولا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ولو كان مساويا في القيمة أما إذا كان الشئ مثليا فإن المدين برأ إذا قدم أي شئ من النوع نفسه بالمقدار المحدد في العقد.

٤- من حيث المقاصة : لا تقع المقاصة إلا بين دينين موضوع كل منهما شئ مثلي بشرط الاتحاد في النوع والجودة فإذا كان الشخص مدينا بنقود أو بشئ مثلي كان له حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن من نقود ومثليات من ذات النوع والجودة .

(٤) الأموال القابلة للتجزئة والأموال غير قابلة للتجزئة:

الأموال القابلة للتجزئة biens divisibles هي التي تقبل القسمة إلى أجزاء مع بقاء المنفعة المقصودة منها كالأرض والشعير.

والأموال غير القابلة للتجزئة biens indivisible هي التي تقبل القسمة،مثل الحقوق. وتظهر أهمية هذا التقسيم بالنسبة للرهن وحق الارتفاق والتعهدات وانتقال الملكية إلخ.

(٥) الأموال الأصلية والأموال التبعية :

الأموال الأصلية biens principaux هي التي لها وجود مستقل كالدار،والأموال التبعية biens accessoires هي التي ليس لها وجود مستقبل،ولا يتصور وجودها إلا بتعلقها،كحق الارتفاق فلا يمكن تصوره لا بوجود العقار الذي هو تابع له،والقاعدة أن التابع يتبع الأصلaccessoium secquiture princ ،فإذا بيع الأصل مثلا لحقه التابع ولا عكس.

(٦) الأموال التي يمكن تملكها والأموال التي لا يمكن تملكها :

تنقسم الأموال إلى ما يمكن تملكه choses que penvemt etre appropiees وما لا يمكن تملكه choses non susceptibles d' etre appopriees،ويقال للنوع الثاني rse communes،ويشمل الأموال بطبيعتها غير قابلة للتملك،كالهواء والبحار والمياه الجارية ،ولكن هذه الأموال يصح ان تكون محلا للانتفاع بها ، فالبنسبه للهواء يعتبر مالك الأرض أنه مالك لحد ما لطبقة الهواء فوق أرضه ، لأن الملكية تعلق بالشئ نفسه وبما فوقه وبما تحته.

وبالنسبة للبحار فإنها معتبرة الآن من الأملاك العامة. وبالنسبة للماء الجاري فإنه ينتفع به بتيسير السفن والصيد فيه والري منه والأشياء القابلة للتملك قد يصح ألا يكون لها مالك، مثل الطيور التي لا مالك لها،وأن كان هذا نادر في الأزمنة الحالية بالنسبة للعقارات،وتوجد في القانون أحكام خاصة بكيفية تملك هذه الأشياء

(٧) الأموال الثابتة (العقارات)والأموال المنقولة :

تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول هو تقسيم أساس،ويشمل الأموال المادية وغير المادية.

فالعقار immeuble هو ما كان له مقر ثابت،كالأراضي والمنازل والمنقول meuble هو ما يمكن نقله من مكان إلى آخر.

وكانت العقارات في بادئ الأمر معتبرة أساس الثروة خلافا للمنقولات فإنها كانت معتبرة قليلة القيمة ، أما الآن فأصبحت للمنقولات أهمية كبير لا تقل عن أهمية العقارات.يترتب على معرفة ما إذا كان المال عقارا أم منقولا آثار قانونية هامة،فلكل من العقارات والمنقولات وما يتعلق بها قواعد تحكمها. ونبدو أهمية التقسيم في حالات كثيرة بعضها تنظمه قواعد القانون المدني والبعض الآخر يرد تنظيمه في فروع القانون الأخرى

ونشير في إيجاز إلى بعض الفروق بين العقار والمنقول:

(١) من حيث انتقال الملكية : فالملكية لا تنقل في العقار إلا بالتسجيل، أما في المنقولات فأن الملكية تنقل بمجرد العقد،وكل ما هنالك أنه إذا كان المنقول من المثليات فإن الملكية لا تنقل إلا بالافزاز،كما قدمنها.وهذا مع مراعاة ما قد يستلزمه القانون بالنسبة لبعض المنقولات الهامة كالسفن والطائرات.وما يستلزمه كذلك بالنسبة لنقل ملكية السيارات.

(٢) من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء ، فهناك من الحقوق مالا يرد إلا على العقار وحده دون المنقول فحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق لا ينقرر إلا على العقار،وكذلك الرهن الرسمي (التأميني) وحق الاختصاص، لا يرد إلا على العقار .

(٣) من حيث الشفعة : فالشفعة لا تكون إلا في العقارات.

(٤) من حيث الحيازة : إذا كانت الحيازة متصورة بالنسبة للعقار والمنقول فإن مجرد الحيازة في المنقول بحن نية تكون سندا للحائز في إثبات الحق.أما العقار فلا يكفي مجرد الحيازة.بل لابد من أن تستمر الحيازة مدة معينة قد تكون في بعض الأحيان خمس سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال.

(٥) من حيث الاختصاص القضائي : إذ الأصل أن الدعوى ترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعي،ويستثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بحق عقاري ، فترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرتها.

(٦) من حيث التملك : فقد يضع القانون القيود على تملك العقارات في بعض الأحيان ،كما هو الشأن بالنسبة للجمعيات، إذا لا يحوز للجمعية أن تتملك من العقارات إلا بالقدر اللازم لتحقيق أغراضها، مع عدم تقييد تملكها للمنقولات ، وكذلك تجد أن المشرع قد حدد الملكية العقارية في الأراضي الزراعية ولم يحدد في الأصل ملكية المنقولات وقد تضع الدول القيود على تملك الأجانب للعقارات ، بل وقد تمنعها في بعض الحالات.

(٧) بالنسبة لإجراء التنفيذ الجبري : فرق المشرع بين إجراءات التنفيذ على العقار وإجراءات التنفيذ على المنقول وقد حمل الإجراءات الأخيرة أبسط م إجراءات التنفيذ على العقار.ويرجع ذلك إلى اختلاف النظر إلى كل منهما فيما مضي وتأثر المشرع بذلك ، إذ كان ينظر إلى المنقول نظرة أقل أهمية من العقار، مما استتبع زيادة الحماية والضمانات المقررة بالنسبة للعقارات دون المنقولات .

(٨) الأموال العامة والأموال الخاصة : تنقسم الأموال بالنسبة لملكها إلى أموال خاصة biens prives وهي المملوكة للأفراد ، سواء كانت منقولة أو ثابتة،ولهم فيها حق التملك التام ، وعامة biens publies ، وهي الأموال المخصصة للمنافع العمومية هي فقط التي تكون في يد الحكومة ، بل أن هناك أموالا أخري في يدها أيضا،ولكنها ليست مخصصة للمنفعة العامة ، وهي التي تملكها ككل الأفراد بصفتها شخصا اعتباريا.

ولذلك تنقسم الأملاك الميرية إلى أملاك ميرية مخصصة للمنفعة العامة domaine public del;etat، وأملاك ميرية خاصة domaine prive de letat، وتسمى هذه الأخيرة أيضا أملاك الميري الحرة الخصوصية.والفرق بين النوعين هو أن الأملاك الميرية الخاصة كالأموال الخاصة المملوكة للأفراد يجوز بيعها والتصرف فيها بكافة التصرفات كما يجوز تملكها بمضي المدة،ولكن الأملاك الميرية المخصصة للمنفعة العامة لا يجوز بيعها،ولا تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها والأملاك الميرية العامة في مصر مذكورة في المادتين٩و٢٥/١٠و٢٦ المقابلتين للمواد ٥٣٨ وما بعدها فرنسي،ومثالها الطرق والشوارع والقناطر والسكك الحديدية وسرايات الحكومة وملحقاتها المخصصة لإقامة ولي الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ونقود الميري .... إلخ .(عبد الحكم فوده ص٧٨).

الخصائص الأساسية للذمة المالية :

الخصائص الأساسية للذمة المالية :

١- لا تشمل الذمة المالية ما ليست له قيمة مالية،كحقوق الأسرة(مثل السلطة الأبوية puissance paternelle**،وسلطة الزوج** puissance marilate **، والحقوق العامة أو السياسية(كحق التصويت** droit de vote**)فهي حقوق غير داخلة في الذمة المالية** dorit extrapatrimoniux **ولكن الدعاوى التي تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يعتدي عليها قيمة مالية وتحتسب في ذمة الشخص المالية.**

٢- تكون الذمة مجموعا قانونية واحدا (unenuiversalite jurdique (uuniversum jus **مستقلا عن العناصر التي تتألف منها،فهناك أشخصا لا مال لهم ، ومع ذلك لهم ذمة مالية،لأن لكل شخص ذمة مالية وتكون للإنسان بمجرد ولادته.وأهمية جعل ذمة مالية لكل شخص تظهر في اعتبار القانون أموال المدين الحاضرة والمستقبلة ضمانا عاما لحقوق دائنيه. فبمقتضي ما للدائنين من الحق المذكور على أموال مدينهم كون لهم أن يحجزوها وكل الدائنين سواء في هذا الحق المشترك إلا إذا كان لبعضهم ضمان خاص،فتكون الأولوية لمن له هذا الضمان الخاص.**

٣- الذمة المالية مرتبطة بالشخصيةle partimoine un atribut da la personnalite**.ولكن هذه الخاصية غير متفق عليها. وينبني عليها أن لكل شخص ذمة مالية والشخص وحدة هو الذي تكون له ذمة مالية،سواء أكان إنسان، أم شخصا اعتباريا ولا يكون للشخص إلا ذمة واحدة.والذمة لا يمكن التصرف فيها** inalienable**، فلا يمكن التنازل عنها أو بيعها،كما لا يمكن الإنسان أن يبيع حالته المدنية**etat **أو أهليته** capacite **أو أن يتنازل عنها . (محمد كامل مرسي ، الملكية والحقوق العينية ، المرجع السابق ج١ طبعة١٩٣٣ ص١٣ وما بعدها)**

ارتبــاط الذمــة بالشخــص :

الصلة بين الذمة والشخصية :

رأينا فيما سبق أن الشخصية هي صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.ولما كانت الذمة هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية ، ولما كان من يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات هم الأشخاص دون غيرهم كان من اللازم أن تقوم الذمة خاصة بشخص معين، أيا كان هذا الشخص سواء أكان هذا الشخص شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا.فالصلة وثيقة بين الشخصية والذمة. وصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات تجعل من المحتم أن تكون له ذمة،حتى ولو تختلف العناصر التي تدخل في تكوينها وقد أطلق على هذا التصوير للذمة أسم "نظرية الشخصية"(theorie de personnalite**).**

هذا التصوير للذمة المالية هو الذي ساد خلال القرن التاسع عشر وحتى أوائل القرن العشرين في فرنس.ولكن فريقا من الفقهاء حاول تصوير الذمة على نحو آخر فصل فيه بينها وبين الشخصية واعتبر أن الذمة مجموعة من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض(but) معين،بصرف النظر عن وجود شخص ستند إليه هذه المجموعة من الحقوق والالتزامات فكلما وجدت مثل هذه المجموعة كانت هناك ذمة مالية وقد أطلق على هذه النظرية التي ترجع إلى الفقه الألماني نظرية التخصيص(theorie d'affectation**) وهي تؤدي إلى نتائج مضادة للنتائج التي تترتب على النظرية السابقة.ولا نجد هنا مجالا لتفضيل هاتين النظريتين وما دار من خلاف حول موضوع الذمة المالية بصفة عامة ، ونكتفي بالإشارة إلى أن الاتجاه لا يزال يناصر نظرية الشخصية،ولم يكتب النظرية التخصيص الذيوع والانتشار**

خاصة وأن النظام القانوني الذي تأخذ به،بصفة أساسية ، يقوم على أساس سيطرة الشخص على الحق ، ولا يتصور حق ليس له صاحب.وهذا ما يجعل قيول الفكرة الألمانية التي تنادي بوجود ذمة مالية دون أن تكون لشخص ، وبالتالي وجود حقوق لا صاحب لها ، أو دون أن تنسب إلى شخص معين، غير مستساغة القبول فكل ذمة مالية يجب أن تنسب إلى شخص معين،غير مستساغة القبول فكل ذمة مالية يجب أن تنسب على شخص.وحيث لا يوجد شخص طبيعي يمكن أن تنسب الذمة إلى شخص معنوي أو اعتباري ، طالما كان النظام القانوني يقبل فكرة الشخص الاعتباري ويسلم بوجودها حتى بالنسبة للمؤسسات (fondations) التي ظهرت نظرية التخصيص من أجلها ، باعتبار أن المؤسسة مجموعة من الأموال تخصص لغرض معين،وإذا كانت نظرية الشخصية هي التي لا يزال يتحد إليها جانب كبير من الفقه فإن الرأي يتجه إلى الأخذ ببعض نتائج نظرية التحقيق إلى جانب نتائج النظرية الشخصية.

الأهمية العملية لفكرة الذمة :

رأينا فيما سبق أن الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية.وأن هذا المجموع يكون وحدة معنوية تكون من مجموع أموال الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلة.

ولتصوير فكرة الذمة المالية على هذا النحو أهميته بالنسبة لتحديد مدي ما للدائنين من حقوق على أموالهم مدينهم.فللدائن حق الضمان العام على ذمة مدينة،أو على وجه الدقة للدائن حق الضمان العم على الجانب الإيجابي للذمة المالية للمدين ، هذا الحق يكون عنصرا سلبيا في ذمة المدين ويكون مضمونا بالعناصر الإيجابية لهذه الذمة ، لأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.وإذا كان للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه ، فإن هذا الضمان العام لا يقع على مال معين من أموال المدين وإنما يقع على ما يوجد في ذمة المدين من أموال،سواء أكانت هذه الأموال موجودة وقت نشوء الدين أم لم تكن كذلك ولكنها وجدت بعد نشوء هذا الدين . لأن كل ما يدخل ذمة المدين في المستقبل يزيد من الجانب الإيجابي لهذه الذمة،فيزيد من ضمان الدائنين وهذا من شأنه أن يزيد الثقة وييسر التعامل بين الأفراد.فقد يقوم الدائن بإقراض المدين مثلا ، وهو يعلم أنه لا يملك شيئا وقت العقد لكنه يقرضه وهو ينظر إلى أنه سيوثر في المستقبل فتزداد العناصر الإيجابية في ذمته،وتبعا لذلك يزداد الضمان العام فيستطيع المدين الوفاء بما التزم به قبل الغير.

والأصل أن الدائنين جميعا يتساوون في الضمان العام هذا ما لم يكن لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون كما إذا كان لأحدهم مثلا حق ممتاز.وتساوى الدائنين على هذا النحو يعنى أنهم يكونون جميعا على قدم المساواة في استيفاء ما لهم من حقوق، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب تاريخ نشوء حقوقهم أو تاريخ استحقاق الوفاء بها، مهما يكن مصدر هذه الحقوق . (أنظر إسماعيل غانم ص١٢٧)

ومن ناحية أخري يترتب على التصوير السابق للذمة وأن حقوق الدائن لا تتعلق بعين معينة من أموال المدين،أن يكون للمدين حرية التصرف في أمواله،لأن حق الدائن ينصب على ذمة المدين ، أو على وجه الدقة على عناصرها الإيجابية ولا ينصب على عنصر معين بذاته من بين تلك العناصر ولو أن حق الدائن كان ينصب على عنصر معين لما استطاع المدين التصرف فيف،وتبعا لذلك تتأثر حرية تداول الأموال.وأخيرا فإن فكرة الذمة المالية تثور بصدد انتقال أموال المورث إلى الوارث.القاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون.ولا ينبغي أن يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد أن التركة لا تنتقل إلى الوارث إلا بعد سداد ما عليها من التزامات.

وبالتالي تظل خلال فترة التصفية على حكم ذمة الميت،كما قيل ولقد سبق لنا بيان أن التركة تنتقل إلى الورثة منذ الوفاة وبالتالي يصيرون مالكين ها منذ ذلك الحين.وهي تنتقل إليهم محمله بما عليها من ديون أو وصية.ولهذا فإنها لا تكون خالصة للوارث إلا بعد سداد التزاماتها ، فلا تتحقق الملكية خالصة إلا في الزائد.ولا شك أن انتقال التركة إلى الوارث على هذا النحو يعنى انتقال ذمة المورث بما لها وما عليها.مع مراعاة تحمل هذه التركة بما عليها من التزامات.وبهذا نجد أن انتقال التركة إلى ذمة الوارث يأخذ وضعا خاصا في إطار ذمته المالية العامة،فلا تندمج ذمته في ذمة مورثه.إذ لو قيل بذلك لكان من الممكن القول بمساءلته عن ديون التركة حتى في أمواله الخاصة.ولكنها تشكل وحدة مستقلة داخل ذمته العامة،ويظل هذا الوضع قائما إلى حين إتمام تصفية التزامات التركة ويئول ما تبقي منها بعد ذلك-أن كان-إلى الوارث ابتداء من تاريخ الوفاة.وعلى هذا المعنى تفسر قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون وقيام هذا الوضع خلال فترة التصفية في حالة ما إذا كانت التركة محملة بالتزامات من حيث انتقال ذمة المورث إلى ذمة الوارث،أمر يقضي به القانون ، حيث يقضي باستحقاق الإرث بموت الموروث.وإذا كان الأمر لا يثير صعوبة حينما لا تكون التركة محملة بالتزامات ، فإنه في حالة وجود التزامات عليها تنتقل إلى الوارث،ولكن لا يئول إليه نصيبه خالصا إلا بعد سداد الديون . (توفيق فرج ص٧٣٥)

أحكام الخلف العام والخلف الخاص :

(١) أحكام الخلف العام والذمة المالية :

المقصود بالخلف العام:

والخلف العام للمتعاقد هو من يخلفه في ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، يتضمن حقوقاً والتزامات في نفس الوقت، كالوارث الذي تنتقل إليه تركة المتعاقد أو جزء منها، وكذا الموصى له بجزء من هذه التركة. (الشرقاوي – مرجع سابق ص٣٢٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٨٧ لسنة ١٩٦٧ الصادر بإعادة تنظيم المؤسسات العامة التموينية نص في المادة الثانية منه على أن يعدل اسم "المؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز" إلى "المؤسسة المصرية العامة للمطاحن والصوامع والمخابز" وتحل محل هذه المؤسسة في شئون المضارب مؤسسة عامة جديدة تسمى "المؤسسة المصرية العامة للمضارب" (الطاعنة) ويصدر بتنظيمها قرار من رئيس الجمهورية. ونص في المادة السادسة منه على أن "يعاد توزيع الشركات التابعة للمؤسسات العامة التي يشرف عليها وزير التموين والتجارة الداخلية طبقاً للكشوف المرافقة" وقد تضمن الكشف المرفق رقم ٢٢١ بالشركات التابعة للمؤسسة المصرية العامة للمضارب شركة المضارب المتحدة (الشرقية – المنوفية – القليوبية) ولما كان مؤدى ذلك أن المشرع أحل المؤسسة الطاعنة حلولاً قانونياً محل "المؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز" في شئون المضارب فيما لها وما عليها، مما يترتب عليه أيلولة جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالمؤسسة السابقة في خصوص المضارب إلى المؤسسة الجديدة فتصبح هذه الأخيرة هي التي تخاصم وتختصم في شان حقوق والتزامات المؤسسة السابقة" (الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣)، وبأنه "مؤدى القانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت ومذكرته الإيضاحية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن شخصية المشروع المؤمم لا تنقضي بالتأميم بل تبقى بشكلها القانوني. تستمر في ممارسة نشاطها كما تسأل مسئولية كاملة عما يكون عالقاً بذمتها من التزامات سابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرارها، وليس يسلب المشروع المؤمم شخصيته خضوعه لإشراف جهة أخرى، كما لا يؤدي إشراف هذه الجهة إلى التزامها عنه بما عليه.

ولما كان البين أن مضرب الأرز المؤمم كشركة تضامن قبل التأميم أو شركة أسهم بعده لم تزايله شخصيته الاعتبارية أو تنفرط ذمته المالية، وكان إدماجه من بعد في شركة مضارب محافظة الغربية، مؤداه أن هذه الأخيرة وفقاً للمادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج في شركات المساهمة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تكون خلفاً عاماً للمشروع المندمج تؤول إليه جميع حقوقه ويسأل وحده عن جميع التزاماته في حدود ما آل إليه من أصول مما يكون معه الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعنة - المؤسسة العامة - بما على المضرب المؤمم من دين عند تأميمه قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وفي تطبيقه" (الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢٣)، وبأنه "إذا كانت المادة ١/٦٠١ من القانون المدني تقضي بأن موت المستأجر ليس من شانه أن ينهي عقد الإيجار، وكان الغرض من إيجار العين موضوع الدعوى هو استعمالها مسكناً ومكتباً، فإن الإيجارة لا تنتهي بوفاة المستأجرة بالنسبة للمكان المؤجر لغير السكن، بل ينتقل الحق فيها إلى ورثتها، لما كان ما تقدم، وكان البين من الإعلام الشرعي الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية لشئون الأجانب) أن المستأجرة توفيت وانحصر إرثها في الطاعن دون سواه بموجب وصيتها، وكان الموصى له بجميع التركة يعتبر خلفاً عاماً للموصى ويأخذ حكم الوارث بخلاف الموصى له بمال معين الذي يعتبر خلفاً خاصاً ولا يأخذ حكم الوارث، فإنه يحق للطاعن التمسك باستمرار عقد الإيجار لصالحه في المكان الذي كانت المستأجرة تمارس فيه نشاطها الاقتصادي متى ثبت أنها استمرت فعلاً في مزاولة هذا النشاط حتى وفاتها ولم تحدث تعديلاً في استعمال العين وتقصره على السكنى وحدها. وإذ خالف الحكم بهذا النظر، وأقام قضاءه على أن الطاعن ليس من بين الأشخاص الذين عددتهم المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وأن الوارث بالوصية لا يستفيد من حكم الامتداد المقرر لورثة المستأجر، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢١)، وبأنه "من المقرر طبقاً لما تقضي به المادة الرابعة من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ في شأن الاندماج في شركات المساهمة أن اندماج شركة في أخرى يترتب عليه اعتبار الشركة الدامجة خلفاً عاماً للشركة المندمجة وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)، وبأنه "لا يعتبر وارث المحجور عليه في رفعه دعوى الحساب على القيم بعد وفاة المحجور عليه من الغير وإنما يعد خلفا عاما فلا يملك من الحقوق أكثر مما كان لسلفه ومن ثم فإن هذه الدعوى تسقط بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي انتهت فيه القوامة بوفاة المحجور عليه" (الطعن رقم ٣٤٨ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٤/١٤).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "لما كانت شركة ..... المؤممة كشركة توصية بالأسهم لم تزايلها شخصيتها الاعتبارية أو تنفرط ذمتها المالية، وكان إدماجها هي وغيرها في الشركة الطاعنة مؤداه أن هذه الأخيرة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تكون خلفاً عاماً لها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات فتغدو هي الجهة التي تختصم وحدها دون غيرها في خصوص هذه الحقوق والالتزامات ومن ثم فإن اختصامها في الدعوى موضوع الطعن يكون اختصاماً لذي صفة" (الطعن رقم ١٦٧٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٣)، وبأنه "الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام" (الطعن رقم ٦٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)، وبأنه "المقرر وفقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني أن آثار العقد الصحيح لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوزهم إلى الخلف العام فيسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فمتى نشأ العقد صحيحاً وخلصت له قوته الملزمة فإنه يكون حجة للوارث أو عليه لأنه يعتبر قائماً مقام المورث، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه" (الطعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

وبأنه "الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ومن ثم فإنها تسري عليه غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به" (الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨).

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام :

انصراف أثر عقد يبرمه شخص، إلى خلفه العام، بعد وفاته يعني إمكان انتقال الحقوق الناشئة عن هذا العقد إلى الخلف العام، وكذا مطالبة هذا الخلف بالتزاماته المترتبة على هذه العقود. ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف الخاص بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه وفي الصورية يسري في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري. (الشرقاوي ص٣٧٩ - السنهوري بند ١٩٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث، فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على عقد البيع الرسمي المسجل- الصادر من المورث إلى المطعون عليها - ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين البائع المشترية، ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره ولم تشر الطاعنة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها في الميراث، ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة، إذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير سديد" (الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٦)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على انصراف آثار العقد إلى الخلف العام طبقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذا ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن هو أحد ورثة الشريك الذي أبرم عقد القسمة محل النزاع مع المطعون ضدهما ومن ثم فإن أثر هذا العقد ينصرف إليه باعتباره خلفاً عاماً لمورثه - وليس خلفاً خاصاً كما يدعي - ويكون حجة عليه دون توقف على ثبوت تاريخه أو تسجيله وفي طلبه نقض القسمة للغبن يسري في حقه ما يسري في حق مورثه من وجوب تقديم هذا الطلب في خلال السنة التالية للقسمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ من القانون المدني" (الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥)، وبأنه "حق الشريك في إقرار عقد القسمة الذي لم يكن طرفاً فيه يظل قائماً له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يمتلك نصيبه ومن ثم فإنه لا ينقضي بموت ذلك الشريك" (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

وبأنه وإن كانت الملكية لا تنتقل بعقد البيع غير المسجل إلا أنه يترتب عليه التزامات شخصية وهذه الالتزامات وأهمها تمكين المشتري من نقل الملكية تبقى في تركة المورث بعد وفاته ويلتزم بها ورثته من بعده فليس للوارث أن يتمسك ضد المشتري بعدم تسجيل عقد البيع الصادر له من المورث" (١٩٤١/١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية - المكتب الفني في ٢٥ عاماً)، وبأنه "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه يعتبر قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به طالما أن العقد نشأ صحيحاً وخلصت له قوته الملزمة ما لم يطعن عليه بطريق الطعن المناسب" (الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "متى كانت شخصية الوارث مستقلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عن شخصية المورث، وكانت التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته التي تظل منشغلة بمجرد الوفاة بحق عيني تبعي لدائني المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها، ولا تشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، ويكون الوارث أن يرجع بما أوفاه عن التركة، من دين عليها، على باقي الورثة بما يخصهم منه كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، فإن كان بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الأصلي في مباشرة إجراءات استيفاء حقه إذا أحاله إليه" (الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠)، وبأنه "من المقرر أن شخصية الوارث تستقل عن شخصية المورث وتنفصل التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وتتعلق ديون المورث بتركته ولا تشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، فلا يصح توقيع الحجز لدين على المورث إلا على تركته" (الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨١/٢/١٦)، وبأنه "التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته كون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته. أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه ولا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه قد صدر في مرض موت المورث فيعتبر حينئذٍ في حكم الوصية لأن في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلك فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذا الحال إنما يستمده من مورثه - باعتباره خلفاً عاماً له - فيتقيد الوارث في إثبات هذا الطعن بما كان يتقيد به المورث من طرق الإثبات" (الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١/١٣)، وبأنه "يدل نص المادة الثانية من مواد إصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن هيئات القطاع العام المنشأة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ قد ألغيت وحلت محلها الشركات القابضة المنشأة بالقانون الأول فتكون للأخيرة كافة الحقوق المقررة للأولى وعليها كافة التزاماتها باعتبارها الخلف العام لها" (الطعن رقم ٥٤٤٥ و ٥٤٤٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥)، وبأنه "للحكم الصادر ضد المورث حجية الأمر المقضي قبل الوارث إذا استند في الحق الذي يدعيه إلى تلقيه عن هذا المورث" (الطعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)، وبأنه "إن كان الأصل أن إقرارات المورث تعتبر ملزمة لورثته وأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث فإنها تسري عليه إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الإقرارات صحيحة" (الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٢/١١)، وبأنه "ليس للخلف أن يسلك في الإثبات سبيلاً ما كان لمورثه أن يسلكه" (الطعن رقم ٨٦٦٢ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٢/٦).

عدم انصراف أثر العقد إلى الدائنين :

إذا كان أحد المتعاقدين مديناً، فإن ما ينشأ عن العقد الذي يبرمه من حقوق والتزامات، يؤثر على ذمته، يساراً وإعساراً، وفق النتيجة الاقتصادية لهذا العقد، ولذا فإن عقود الشخص تؤثر على حقوق دائنيه، لأنها تؤثر على ضمانهم العام،وهو ذمة مدينهم، ولكن تأثر الدائنين بنتائج عقود مدينهم، ليس انصرافاً لآثار هذه العقود حق أو يترتب عليهم التزام كما لا ينتقل إليهم شيء، من ذلك ولذلك لا يمكن اعتبار الدائنين كالخلف العام أو الخلف الخاص من حيث إمكان تشبيههم بأطراف العقد، فهم من الغير بالنسبة لآثار عقود مدينهم، وتأثرهم بها هو تأثر غير مباشر، لأنه يتحقق من خلال ما يترتب عليها في ضمانهم العام من قوة أو ضعف. ويلاحظ أنه رغم تأثر الدائنين بعقود مدينهم، بصفة عامة، فإن القانون يجعل للدائنين في بعض الأحوال ألا يعتدوا بتصرفات هذا المدين التي يبرمها إضراراً بهم، فيعتبرها كأنها لم تكن بالنسبة للدائنين الذين لهم هذه التصرفات إضراراً بهم، ويهيئ لهم الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات التي تسمى الدعوى البوليصية (المادة ٢٣٨ وما بعدها من القانون المدني). (الشرقاوي بند ٦٣، وانظر السنهوري بند ٣٤٤ - حجازي بند ٣٧٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل، لم يغير شيئاً من طبيعة عقد البيع من حيث أنه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التي يوجبها عليه القانون وشروط العقد وفي مقدمتها التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري ولما كان الدائن العادي يعتبر خلفاً عاماً لمدينه كالوارث لمورثه وكان الخلف العام يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته - لما كان ذلك كذلك - فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية، لا يكون لدائنه العادي أن يدعي في مواجهة المشتري أي حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته بتعهده بنقل الملكية، لا يكون لدائنه العادي أن يدعي في مواجهة المشتري أي حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته وخصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ" (١٩٤٤/٣/٢ مجموعة القواعد القانونية ، المكتب الفني في ٢٥ عاماً). وقضت في حكم آخر بأن "دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هي دعوى أساسها الملكية فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاقه إياه ولا يصح له أن يحتج على المدين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر ممثلاً لدائنه العادي في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفاً فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه في حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه، كما أن للدائن ولو لم يكن طرفاً في الخصومة بنفسه أن يطعن في الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التي رسمها القانون لأطراف الخصومة وذلك لما هو مقرر من أن الطاعن يقبل ممن كان طرفاً بنفسه أو ممن ينوب عنه في الخصومة التي انتهت بالحكم المطعون فيه، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحتج عليه بالطعن المرفوع على هذا المدين" (الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤).

الأحوال التي يقضي فيها القانون بعدم انتقال آثار العقد للخلف العام :

ومن الأحوال التي يقضي القانون فيها بعدم انتقال آثار العقد فيها إلى الخلف العام، عقد الشركة، فالمادة ٥٢٨ من القانون المدني تنص على انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء، فلا يستطيع وارث الشريك أن يتمسك ببقاء الشركة وحلوله محل مورثه، وكذا عقد الوكالة حيث تنقضي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل

وعقد العمل الذي ينتهي بوفاة العامل (المادة ١/٦٩٧) .

وكذلك لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام إذا كان طرفاه قد اتفقا على عدم انتقالها إلى هذا الخلف، ولو كانت طبيعة العقد لا تحول دون هذا الانتقال، ولو لم يكن هناك نص قانوني على منع انصراف أثر العقد إلى الخلف، كتأجير عين لشخص على ألا ينتقل حق الإيجار إلى ورثته أو الاتفاق على توريد سلعة، على أن ينتهي التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الآخر. وقد تقتضي طبيعة المعاملة عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة شخص فمضمون الاتفاق نفسه يعني انقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم انتقاله إلى ورثته، كذا العقود تنصب على عمل شخص ذي خبرة وشهرة خاصة كطبيب أو فنان، يحق لوارثه ولو كان من نفس حرفته أو مهنته، أن يطلب الحلول محل مورثه، في عقوده المتعلقة بهذه الحرفة أو المهنة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان البين من الأوراق أن الطاعنين استأنفا السير في الدعوى أمام محكمة الاستئناف بعد وفاة ابنهما المستأنف الأصلي تنفيذاً للحكم الصادر عليه من المحكمة العسكرية العليا في قضية الجناية رقم ٧ لسنة ١٩٨١ عسكرية عليا والتي أقام الخصومة الماثلة اتقاء تطبيق أحكام قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١ عليه فيها، وكان لازم وفاة المدعي انقضاء الحق المدعى به متى كان لصيقاً بشخصه غير متصور أن تنتقل المطالبة به إلى الغير، ومن ثم فلا تكون للطاعنين ثمة صفة في حمل لواء الخصومة في الاستئناف بعد وفاة المستأنف للحكم لهما بالطلبات السالف الإشارة إليها وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة وقضى بعدم قبول الاستئناف على سند من انتفاء صفة الطاعن فيه فإنه يكون قد وافق صحيح القانون" (الطعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٦)، وبأنه "النص في المادة ١٤٥ من القانون على أن "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام" يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - على أن طبيعة التعامل التي تأبى أن ينتقل الحق أو الالتزام من المتعاقد إلى خلفه العام تستوجب أن يكون هذا الحق أو الالتزام مما ينقضي بطبيعته بموت المتعاقد لنشوئه عن علاقة شخصية بحتة" (الطعن رقم ١٦٥٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٣/١١)، وبأنه "إذ كان البين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة تقضي بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ولم يستثنى من هذه العبارة إلا الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون"

شخصية الوارث لا تعتبر امتداداً لشخصية المورث، ولذا فهو لا يحل محله في علاقاته القانونية. ولا يلتزم الوارث بأي دين، يجاوز ما كسبه من حقوق التركة. ذلك أن انتقال التركة من المورث إلى الوارث يحكمه مبدأ ينسب إلى الشريعة الإسلامية. هو أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين، أي أن ما يستحقه الوارث من أموال المورث هو ما يبقى بعد سداد ما على المورث من ديون، فإن لم يبق شيء لم يرث شيئا، وإن زادت الديون على الأموال لم يلتزم الوارث من زيادة هذه الديون بشيء. وتطبيق هذا لا يمنع انتقال حقوق التركة، منذ وفاة المورث، محملة بالتزاماتها، إلى الوارث، ولكنها تكون عندئذ ذمة خاصة للوارث تحصر فيها مسئوليته عن ديون التركة، ولا تمتد هذه المسئولية إلى ذمته العامة التي لا تدخل حقوق التركة في عناصرها. (الشرقاوي بند ٦٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وكانت التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فإن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الدعوى الحالية أقيمت على مورث الطاعنين بطلب فسخ عقد البيع الصادر من المورث إلى المطعون ضده بالنسبة إلى الأطيان التي تثبت ملكيتها للغير وإلزام المورث برد ثمنها، وإذا انقطع سير الخصومة في الدعوى لوفاة المورث أقام المطعون ضده بتعجيلها في مواجهة الورثة (الطاعنين) بذات الطلبات فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من إلزام الطاعنين شخصياً بأن يدفعوا للمطعون ضده ثمن الأطيان المشار إليها ولم يحمل التركة بهذا الالتزام يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٦/١٩)، وبأنه "الأصل المقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ أنه لا يستطيع - بمقتضى متابعته لشخصية المورث - أن يطلب استحقاق العين التي تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان التي تصرف فيها مورثه للغير - وقد أخذ المشرع المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وعلى ذلك - فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض دعواه اتباعا لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)، وبأنه "الديون - المستحقة على التركة- غير قابلة للانقسام في مواجهة الورثة فيلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين طالما كان قد آل إليه من التركة ما يكفي للسداد فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا في حدود ما آل إليه من التركة، لأن الوارث لا يرث دين لمورث وله الرجوع على باقي الورثة بما يخصهم في الدين الذي وفاه كل بقدر نصيبه" (الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣).

التصرفات التي يصبح فيها الوارث من الغير:

أن القانون يعطي للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، وذلك يعتبر الوارث في هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات فالقانون يبيح للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته، معاوضة أو تبرعاً حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار، أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت بطريق الوصية، وهو تصرف لا يكفله شيئاً في حياته، فيتحكم بذلك في حظوظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام فإن القانون - والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه المسألة - يتقدم لحماية الوارث ويقيد من تصرفات المورث، فلا يبيح له أن يتصرف في مال بطريق الوصية إلا بقدر الثلث، وكالوصية كل تصرف صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م٩١٦ جديد).

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عيناً وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث، وكانت العين تزيد على ثلث التركة، فإن البيع لا يسري في حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ، فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن العقد قد صدر في مرض الموت، وقد نص القانون على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني. (السنهوري بند ٣٥٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقاً خاصة به لا يرثها عن مورثه بل يستمدها من القانون مباشرة وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات التي تصدر من المورث على أساس أن التصرف قد صدر إضراراً بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون ومن ثم فإن موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه - سواء لأحد الورثة أو للغير - يختلف بحسب ما إذا كانت صفته وسنده وحقه مستمداً من الميراث - أي باعتباره خلفاً عاماً للمورث - أو مستمدا من القانون - أي باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصرف - فإن كانت الأولى - أي باعتباره وارثاً - كان مقيداً لمورثه بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقاً للتعاقد والقانون أما إذا كانت الثانية - أي باعتباره من الغير - فإنه لا يكون ملتزماً بالتصرف الصادر من المورث ولا مقيداً بأحكامه ولا بما ورد في التعاقد الصادر بشأنه بل يسوغ له استعمال كامل حقوقه والتي خولها له القانون في شأنه بما لازمه اختلاف دعوى الوارث في كل من الموقفين عن الآخر من حيث الصفة والسبب والطلبات والإثبات" (الطعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٥)، وبأنه "التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يترفع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو غيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيهم" (الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)، وبأنه "لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في التصرفات الماسة بحقه في التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث بل يعتبر في هذه الحالة في حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق، ولا تقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيز التصرف حائلاً دون هذا الطعن" (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١/٩).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "طعن الوارث بالصورية النسبية على عقد البيع الصادر من مورثه - قضاء الحكم المطعون فيه برفض الطعن استناداً إلى إقرار الوارث بصحة التصرف بتوقيعه عليه كشاهد رغم حصول التوقيع قبل وفاة المورث- خطأ" (الطعن رقم ٥٣٧٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢١)، وبأنه "طعن الوارث في التصرف الصادر من مورثه بأنه يخفي وصية أو بأنه صدر في مرض الموت يجوز إثباته بكافة الطرق لأنه يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه بأنه يخفي وصية أو بأنه صدر في مرض الموت يجوز إثباته بكافة الطرق لأنه يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على أحكام الإرث" (الطعن رقم ١٣٢٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠).

ولا يعتبر الوارث قائم مقام المورث في صدد حجية التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في صدد حجية التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من محل طعن، فإذا كان التصرف يمس حق وارث في التركة عن طريق الغش والتدليس والتحايل على مخالفة أحكام الإرث، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق" (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص١٥٠)

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك، وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفي للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير، ولا يكون عندئذٍ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف.

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن "التصرف في مرض الموت إما أن يكون بمحرر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار، ولا عبرة في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ مدني (قديم) أما إذا كان تاريخ غير ثابت كان للوارث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت، وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرفات بحيث إذا لم يقم بإثباته كان التاريخ العرفي المعترف به من المورث حجة عليه" (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٣١ رقم ١٣٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا جاز أن الأحكام الصادرة على السلف حجة على الخلف بشأن الحق الذي تلقاه منه، فإنه لا حجية للأحكام التي تصدر في مواجهة الخلف الخاص قبل مانح الحق متى كان هذا الأخير لم يختصم في الدعوى" (الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/١/١٥)، وبأنه "استناد الخلف العام في إثبات ملكيته لأرض النزاع إلى سبب آخر غير الميراث أثره - عدم محاجاته بالحكم الصادر ضد المورث" (الطعن رقم ٢٧٦٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٥)، وبأنه "مؤدى نص المادة ٤٥٤ من قانون المرافعات - وما ورد في المذكرة الإيضاحية - أن دعوى الاستحقاق الفرعية لا ترفع إلا من الغير أما من يعتبر طرفاً في إجراءات التنفيذ فوسيلته للتمسك بحق له على العقار هي الاعتراض على قائمة شروط البيع، على أن الشخص قد يعتبر طرفاً في التنفيذ بصفة وغيراً بصفة أخرى وعندئذٍ يكون له بصفته الثانية أن يرفع دعوى الاستحقاق الفرعية ولا يقال في هذا المجال أنه يتعين عليه أن يبدي كل ما لديه بجميع صفاته مرة واحدة بطريق الاعتراض- مادام قد أخبر بإجراءات التنفيذ بإحدى هذه الصفات - إذ في ذلك مصادرة لحقه في اتخاذ الوسيلة القانونية المناسبة في الوقت المناسب وفقاً لكل صفة من صفاته. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الصادر في الاعتراض المقدم من الطاعنة على قائمة شروط البيع أنها أقامته بوصفها وارثة للمدين الجاري التنفيذ على تركته أما دعواها الماثلة فقد رفعتها بمقولة أنها مالكة للأطيان محل التنفيذ ملكية ذاتية لا تستمد سندها من المدين ومن ثم فهي بهذه الصفة لا تعتبر طرفاً في إجراءات التنفيذ وإنما تعد من الغير ويجوز لها بالتالي إقامة دعوى الاستحقاق الفرعية. إذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى خلاف ذلك يكون قد أخطأ في القانون" (الطعن رقم ٤٧٣ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠)

وبأنه العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بقوة الشيء المحكوم فيه، إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم فالحكم الصادر في وجه شخص لا تكون له حجية على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقي مستعيناً بهذا السبب الآخر عن سبب التلقي، وكان الحكم للطاعن بصحة البيع في الدعوى رقم ..... لم يصدر في مواجهة المطعون عليه الثالث بصفته الشخصية بل في مواجهة تركة مورثه وخوصم باعتباره أحد وارثيه، فلا تكون له حجية تمنع من نظر الدعوى بملكية الأطيان المبيعة والتي ركنت فيها المطعون عليها الأولى إلى حيازتها وسلفها المطعون عليه الثالث المدة الطويلة المكسبة للملكية إذ التقادم يكفي بذاته متى توافرت شروطه لكسب ملكيتها مستقلاً عن تلقيها ميراثاً عن المرحوم .... مورث سلفها المطعون عليه الثالث" (الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٢/١٠)، وبأنه "شخصية الوارث – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعاً لذلك لا يعتبر الوارث الذي جعلت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولاً عن التزامات الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير في هذا الخصوص، لما كان ذلك وكان الطاعن قد آلت إليه ملكية الأطيان البالغ مساحتها ٢س ٨ط ٢ف بموجب عقد بيع صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل الحكم وباع مورثه هذه الأطيان للمطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشر وفقاً لما سلف بيانه فإن الطاعن لا يكون ملزماً بتسليمهم الأطيان المذكورة كأثر من آثار عقد البيع الصادر لهم" (الطعن رقم ٧٧٢٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣)، وبأنه "وإن كان الأصل أن تكون للحكم حجية الأمر المقضي قبل خلفاء كل من طرفيه، إلا أنه يتعين لمحاجة الوارث بالحكم الصادر ضد مورثه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون الحق الذي يدعيه قد تلقاه عن هذا المورث، فلا يكون الحكم الصادر في مواجهة المورث حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر إذا استند هذا الخلف إلى سبب آخر غير التلقي من المورث" (الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٤).

كما أن حجية الأحكام تتعدى الخصوم إلى خلفهم فيكون الحكم الصادر على الخصم حجة على خلفه ومنهم ورثته :

وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة- أن تنظيم إجراءات التقاضي ومواعيد إتمامها وحجية الأحكام وطرق الطعن فيها من النظام العام تتعرض لها المحكمة من تلقاء نفسها، وأن حجية الأحكام تتعدى الخصوم إلى خلفهم فيكون الحكم الصادر على الخصم حجة على خلفه ومنهم ورثته، كما وأن الوارث يخلف مورثه في خصومة الطعن التي يكون المورث قد بدأها من الوقت الذي أصبح فيه وارثاً وذلك كنتيجة لاستفادته من التركة إذا ما كسبه بطريق التبعية واللزوم، كما يحتج عليه بالطعن المرفوع على مورثه طالما أن هذا الوارث لم يستند إلى حق ذاتي له مستقلاً عن التركة ففي هذه الحالة يكون له بصفة شخصية سلوك طرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التي رسمها القانون، وأن قضاء المحكمة بقبول استئناف المحكوم عليه شكلاً مانعاً لها من مناقشة إعلانه بالحكم الابتدائي أو القول بانفتاح ميعاد الاستئناف بالنسبة لورثته عن الحكم الصادر على مورثهم وإنما يكون لهؤلاء الورثة ومن وقت اكتسابهم هذه الصفة الحلول محل مورثهم فيما كان المورث قد بدأه من خصومة الطعن كما وأنه ولئن كان يجوز أن يرفع المستأنف استئنافاً آخر عن ذات الحكم ليستدرك ما فاته من أوجه الطعن إلا أن ذلك مشروط بأن يكون ميعاد الطعن ممتداً وألا تكون محكمة الاستئناف قد فصلت في موضوع الاستئناف الأول فإذا تخلف أحد هذين الشرطين في الطعن الآخر تعين الحكم بعدم جواز قبوله دون التعرض لموضوعه

وأنه يترتب على الحكم باعتبار استئناف المورث كأن لم يكن وصيرورته باتاً بعدم طعن الورثة عليه بالنقض اعتبار الحكم الابتدائي الصادر على مورثهم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي فيزول الحق في استئنافه من جديد من قبل هؤلاء الورثة ولا يقبل تعييبه بأي وجه من الوجوه فيما خلص إليه من نتيجة - أخطأت المحكمة أم أصابت - وتقضي المحكمة بعدم جواز قبول الاستئناف الثاني المقام من ورثة المحكوم عليه احتراماً لقوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم الابتدائي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام. لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن الحكم الابتدائي صدر على مورث المطعون ضدهم بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢١ فأقام عنه الاستئناف رقم ١٠٤ سنة ٢١ق. طنطا "مأمورية شبين الكوم" وبعد أن قبلته المحكمة شكلاً ولعدم حضور المستأنف بجلساته قررت المحكمة شطبه فقام الطاعن بتجديده من الشطب في مواجهة ورثته المطعون ضدهم بطلب الحكم باعتباره كأن لم يكن فأجابته المحكمة لطلبه وقضت فيه بجلسة ١٩٩٤/٤/١٣ باعتباره كأن لم يكن ولم يطعن الورثة على هذا الحكم بطريق النقض وإنما أقاموا بتاريخ ١٩٩٣/٣/١٦ بصفتهم ورثة المحكوم عليه ابتدائياً الاستئناف موضوع الحكم المطعون فيه فتمسك الطاعن بعدم قبوله لرفعه بعد الميعاد وبصيرورة الحكم الابتدائي نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي إلا أن الحكم المطعون فيه رفض ما تمسك به الطاعن من دفوع وقبل استئناف المطعون ضدهم الجديد شكلاً ثم فصل في موضوعه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى بحالتها على ما أورده بأسبابه من أن الحكم الابتدائي صدر في غيبة المورث ولم يعلن له فيكون ميعاد الاستئناف بالنسبة لورثته مازال منفتحاً وأن القضاء باعتبار استئناف المورث كأن لم يكن لم يفصل في موضوع الخصومة الأصلية فلا ينال حجية مانعة من الفصل في موضوع الاستئناف المطروح. في حين أن المطعون ضدهم بوصفهم ورثة يخلفون مورثهم فيما كان قد بدأه من خصومة الطعن وبصدور الحكم ضدهم باعتبار استئناف مورثهم كأن لم يكن وبعدم الطعن عليه منهم يكون الحكم الابتدائي نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي بما يمتنع معه على المحكمة العودة لمناقشة إعلان المحكوم عليه بالحكم الابتدائي والقول بانفتاح ميعاد الاستئناف بالنسبة لورثته لأن حق هؤلاء الأخيرين لم يتقرر إلا بعد وفاة مورثهم ومن آخر إجراء قام به المورث، فإذا أقام المورث استئنافاً أصلياً فإن الخصومة التي ينظر إليها في مجال إجراءاتها هي خصومة هذا الاستئناف فإن شطبت أو انقطعت الخصومة بوفاة أحد الخصوم فيها أو حكم فيها باعتبارها كأن لم تكن ولم يطعن على تلك الإجراءات التي اتخذت فيها والأحكام التي صدرت فيها بثمة مطعن فإن ذلك مانعاً للخصوم أو لورثتهم من بعدهم من إقامة استئنافاً آخر ويكون هذا الاستئناف الثاني غير جائز القبول شكلاً ودون التعرض لموضوعه احتراماً لقوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم الابتدائي بالقضاء في الاستئناف الأول باعتباره كأن لم يكن. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه" (الطعن رقم ٧٦٥٣ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢).

واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم للوارث عن التصرف الصادر من المورث إنما تنصب على عدم علمه بهذا التصرف ويجوز توجيهها على سبيل الاحتياط طالما توافرت شروط توجيهها :

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن كل طلب أو وجه دفاع يدلي به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى يجب عليها أن تجيب عليها أن تجيب عليه بأسباب خاصة وإلا اعتبر حكمها خالياً من الأسباب، وكان الدفع بالصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو دفع موضوعي يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف - وأن اليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم للوارث عن التصرف الصادر من المورث إنما تنصب على عدم علمه بهذا التصرف ويجوز توجيهها على سبيل الاحتياط طالما توافرت شروط توجيهها طبقاً للقانون. لما كان ذلك

وكان الثابت من مذكرة الطاعنين المقدمة بجلسة ١٩٩٩/٥/١٥ أمام محكمة الاستئناف أنهم طعنوا على عقد البيع المؤرخ ١٩٤٢/١١/٢٤ بالصورية المطلقة وأنهم ركنوا في إثباتها للقرائن واحتياطياً إلى يمين العلم الحاسمة التي طلبوا توجيهها إلى المطعون ضدهم عن تصرف صادر لمورثهم، وكان هذا الدفع مما لو صح يتغير به وجه الرأي في الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد خلت أسبابه من إيراد هذا الدفع والرد عليه وأقام قضاءه على قالة صحة العقد المطعون عليه وأن الطاعنين باتوا غير محقين في دعواهم بثبوت الملكية لنصف الشقة المقامة في عقار النزاع، فإنه يكون قد عاره بطلان جوهري يوجب نقضه" (الطعن رقم ٣٧٨٤ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٤)

الوارث يعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه الضارة به وتعتبر تحايلا على القانون :

فقد قضت محكمة النقض بأن " أن كان الوارث يحل محا مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتركته وفي الالتزامات التي عليها،إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقا خاصة به لا يرثها عن ورثه بل يستمدها من القانون مباشرة وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات التي تصدر من المورث على أسا أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون ومن ثم فإن موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر عن مورثه-سواء لأحد الورثة أو للغير-يختلف بحسب ما إذا كانت صفته وسنده وحقه مستمدا من الميراث-أي باعتباره خلفا عامل للمورث-أو مستمدا من القانون-أي باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصرف.فإن كانت الأولي أي باعتباره وارث-كان مقيدا لمورثة بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقا للتعاقد والقانون أما إذا كانت الثانية –أي باعتباره من الغير-فإنه لا يكون ملتزما بالتصرف الصادر من المورث ولا مقيدا بأحكامه ولا بما ورد في التعاقد الصادر بشأنه بل يسوغ له استكمال كامل حقوقه التي خولها به القانون في شأنه-بما لازمه اختلاف دعوى الوارث في كل من الموقفين عن الآخر من حيث الصفة والسبب والطلبات والإثبات(نقض مدني جلسة١٩٨٤/٥/١٥ المكتب الفني السنة٣٥ص١٣٠٤) وبأنه لا يعتبر الوارث قائما مقام المورث في صدد حجية التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من كل طعن فإذا كان التصرف يمس حق وارث في التركة عن طريق الغش والتدليس والتحايل على مخالفة أحكام الإرث فلا يكون الوارث ممثلا للمورث بل يعتبر الوارث من الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة طرق الإثبات(جلسة١٩٣٧/٤/١٥ طعن رقم٨٥ سنة٦ق) وبأنه إذا كان النزاع على تعرف النية الحقيقية للمتعاقدين قائما بين أجنبي عن العقد وطرفيه أو بينه هو وأحدهما فللأجنبي أن يثبت بجميع الطرق هذه النية دون التقيد بألفاظ العقد وعباراته مهما كانت صراحتها فإذا طعن أحد الورثة في تصرف صادر من مورثهم بأنه وصية في الواقع،لا بيع كما هو مذكور في العقد فهذا الوارث،وهو من طبقة الغير فيما يختص بهذا التصرف له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن نية المورث لم تكن إلا الإيصاء(جلسة١٩٣٧/١١/١١طعن رقم٢٧سنة٧ق) وبأنه " الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلى وارث آخر إضرارا بحقه في الميراث فيجوز له إثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات.ومن ثم لا يكون الحكم مخالفا للقانون إذ أخذ بالقرائن المستمدة من شروط العقد على أن ثمنا ما لم يدفع (جلسة١٩٤٦/٥/١٦ طعن رقم ٨٠سنة١٥ق) وبأنه " الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلى وارث آخر إضرارا بحقه في الميراث فيجوز له إثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات (جلسة١٩٤٦/٥/١٦ طعن رقم٨٠سنة١٥ق) وبأنه" لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصد به الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانونا كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى،ولو أذى ذلك إلى إهداره إقرار المتصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذمته لمورث المشترين(جلسة١٩٤٩/١/١٣ طعن رقم١٥٥سنة١٧ق)

وبأنه الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز أن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من طرق الإثبات القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الوارث من إثبات حقيقة الواقع بشهادة الشهود " (جلسة ١٩٥٠/٥/١١طعن رقم١٦٨سنة١٨ق) وبأنه " إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد الورثة يمس حق من وارث آخر في التركة وقصد به الاحتيال على أحكام الإرث أن البيع في حقيقته يسر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت فهو وصية لا تنفذ في حقه متى كان هو لم يجزها " (جلسة ١٩٥٢/٢/٢٦ طعن رقم١١سنة٢١ق).

مجرد طعن الوارث على تصرف مورثه بأنه صدر في مرض الموت غير كاف إهدار حجية التصرف :

فقد قضت محكمة النقض بأن" مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت إضرار بحقوقه في الإرث ، عدم كفايته لإهدار حجية التصرف،عجز الوارث عن إثبات طعنه.أثره. اعتبار التصرف حجية عليه باعتباره خلفا عاما لمورثه(الطعن رقم٣٤٦سنة٣٧ق جلسة١٩٧٢/٥/١١ رقم١٣٥ص٨٥٢).

الحكم الصادر ضد المورث حجة على الورثة كخلف عام له :

فقد قضت محكمة النقض بأن"انتهاء الحكم إلى صحة إعلان مورثة الطاعنين بالحكم الصادر ضدها بصحة ونفاذ عقد البيع ورفض الادعاء بتزوير هذا الإعلان.عدم ورود نعى على ذلك القضاء.مؤداه.صيرورة الحكم الصادر ضد المورثة نهائيا وحجة على الطاعنين فيما قضى به باعتبارهم خلفا عاما لها " (الطعن رقم٣٤٦سنة٤٦ق جلسة١٩٧٢/٥/١١ السنة٢٣ رقم١٣٥ ص٨٥٢).

العقد العرفي غير ثابت التاريخ حجة على الوارث كخلف عام :

فقد قضت محكمة النقض بأن" تسوء العقد صحيحا.انصراف أثره إلى الخلف العام والتزاماته بتنفيذ ما التزم به مورثه.عدم توقف ذلك على ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله " (الطعن رقم٣٤٦ سنة٣٦ق جلسة١٩٧٢/٥/١١ السنة٢٣ رقم١٣٥ ص٨٥٢).

للوارث أن يرفع دعوى إبطال تصرف مالي كالبيع بعد وفاه مورثه القاصر لأن حق الإبطال حق مالي وليس بحق شخصي فينتقل للوارث :

فقد قضت محكمة النقض بأن" متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر-مثل التصرف بالبيع- قابلة للإبطال لمصلحة القاصر-كما هو حكم المادة١١١من القانون المدني-فإن للقاصر في حالة حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا،كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عامل له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه.وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته(الطعن رقم ٤٢سنة٢٤ق جلسة١٩٥٨/٢/٢٧ س٩ص١٦١).

الإقرار الذي يصدر عن السلف حجة على ورثته :

فقد قضت محكمة النقض بأن" الإقرار ليس سببا لمدلوله.حكمه.ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء صحته ولو خلا من ذكر سببه.هو حجة على ورثة المقر "(الطعن رقم١١٤سنة٣٨ق جلسة١٩٧٣/٤/١٢س٢٤ رقم١٠٥ ص٥٩٦).

لا تعتبر الدولة خلفا عاما أو خاصا للملتزم :

فقد قضت محكمة النقض بأن" إدارة المرفق لحساب الملتزم وتحت مسئوليته . عدم مسئولية جهة الإدارة عن التزاماته . إسقاط الالتزام أو انتهائه . أثره . وضع حد فاصل بين إدارة الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق.عدم اعتبار الدولة خلفا خاصا أو عاما للملتزم.مثال في دعوى عمل(الطعن رقم ١٩٨سنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧١/١/٦ س٢٢ رقم ٧ ص٣٣) وبأنه " التزام المرافق العامة.إسقاط الالتزام يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق.جميع الالتزامات المترتبة في ذمة الملتزم أثناء إدارته تقع عليه وحده ما لم ينص في عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك "(الطعن رقم٥١سنة٣٧ق جلسة١٩٧١/١١/٣٠س٢٢رقم١٦٠ص٩٥٥) وبأنه" حجية تاريخ المحررات الصادرة من المورث قبل الوارث ولو لم يكن ثابتا ثبوتا رسميا.سواء صدر إلى وارث أو غير وارث،ما لم يقم الدليل على عدم صحته " (الطعن رقم٣٨٣سنة٢٦ق جلسة١٩٧١/٤/٢٠س٢٢رقم٧٨ص٥٠٦) وبأنه " تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء حياة البائع.تحايل على القانون.جواز إثباته فيما بين المتعاقدين ورثتهما بالبيئة والقرائن.وتمسك ورثة البائع بذلك.وطلبهم إحالة الدعوى إلى التحقيق.إغفال الحكم الرد على هذا الدفع الجوهري.قصور. " (الطعن رقم٤٦٥سنة٣٦ق جلسة١٩٧١/٦/٢٢س٢٢رقم١٢٩ص٧٩٢)

الدولة ليست خلفا عاما أو خاصا لأصحاب الأموال الموضوعة تحت الحراسة :

فقد قضت محكمة النقض بأن " الأموال والممتلكات التي وضعت تحت الحراسة بموجب قانون الطوارئ.صيرورتها ملكا للدولة بقوة القانون من وقت رفع الحراسة ، تحديد التعويض عنها بمقدار صافي قيمتها وبحد أقصي قدره ثلاثون ألف جنيه.عدم اعتبار الدولة خلفا عاما أو خاصا لأصحاب هذه الأموال.تخويل المدير العام لإدارة هذه الأموال سلطة الفصل في جدية الديون.اللجوء إلى القضاء بطلب دين من المدير العام قبل عرضه عليه.أثره.عدم سماع الدعوى " (الطعنان رقما٤١٦، ٤١١ سنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٢/٣/٩ س٢٣رقم ٥٤ ص٣٣٩)

الإدارة ليست خلفا عاما أو خاصا لمن يدير المرفق العام عند انتهاء فترة الإدارة :

فقد قضت محكمة النقض بأن " التزام المرافق العامة هو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.فإذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة فإن هذه الأخيرة لا تعبر بمثابة خلف خاص أو عام عمن كان يقوم بإدارته ومن ثم فلا تلتزم بما عاق من ديون أو التزامات في ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق " (الطعن رقم ١٤٨سنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ س٨ ص٥٤٦)

التأميم لا يؤدى إلى أن تكون الدولة خلفا للشخص المعنوي ومن ثم تظل ديون المؤسسة قبل التأميم في ذمة أصحابها :

فقد قضت محكمة النقض بأن"إذا كان القانون رقم١٣٥لسنة١٩٦٤في شأن تنظيم المؤسسات العلاجية قد نص في مادته الأولي على أن تؤول ملكية بعض المستشفيات ومنها مستشفي المواساة إلى الدولة وأن يستولي وزير الصحة عليها وعلى جميع موجوداتها المتعلقة بمباشرة نشاطها،ونص في مادته الخامسة على أن يؤول جميع ما يتم الاستيلاء عليه إلى المؤسسات العلاجية التي تنشأ في المحافظات وأن تلتزم هذه المؤسسات بأداء التعويض الذي قد يكون مستحقا لذوى الشأن كما ألزم في مادته الثامنة كل شخص توجد لدية أموال بأية صفة كانت لتلك المستشفيات أو يكون مدينا لأي منها بأن يقدم بيانا بذلك إلى وزير الصحة خلال شهر من تاريخ العمل به

ونصت المادة العاشرة منه على أن ينقل عمال تلك المستشفيات بحالتهم إلى المؤسسات العلاجية بالمحافظات،بينما نصت المادتان الأولي والثانية من القرار الجمهوري رقم ١٢١٠لسنة ١٩٦٤ في شأن إنشاء مؤسسات علاجية بالمحافظات على ان تكون لهذه المؤسسات الشخصية الاعتبارية وأن تقوم كل مؤسسة منها بإدارة المستشفيات التابعة لها في دائرة المحافظة ، كما نصت المادة الثانية من القرار الجمهوري رقم ١٢١٣ لسنة ١٩٦٤بإنشاء مؤسسة علاجية لمحافظة الإسكندرية على أن تؤول إلى هذه المؤسسة ملكية المستشفيات الواردة في الكشف المرافق له ومنها مستشفي المواساة ، فإن مؤدى هذه النصوص أن هذا المستشفي قد خلصت ملكيته للدولة وآل إلى المؤسسة الطاعنة،وأن المشرع لم يشأ الإبقاء على شخصية المشروع المؤمم.وإذا كان التأميم على هذه الصورة يرتب انقضاء المشروع المؤمم وتصفيته ونشوء شخص معنوي جديد محله،وكان مقتضي ذلك أن الدولة أو المؤسسة الطاعنة ليست امتدادا لهذا المشروع فلا تعتبر بمثابة خلف له،فإن هذه المؤسسة لا تسال بحسب الأصل عن الديون التي ترتبت في ذمة ذلك المستشفي قبل تأميمه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.وإذ كان القانون رقم ١٣٥لسنة ١٩٦٤ والقرار الجمهوري رقم ١٢١٣لسنة ١٩٦٤ المشار إليها لم يتضمنا نصا بانتقال التزامات المستشفيات المؤممة إلى الدولة أو المؤسسات العلاجية ، وكان المقصود بذوي الشأن الذين يحق لهم اقتضاء التعويض المنصوص عليه في المادة الخامسة من ذلك القانون هم أصحاب المستشفيات المؤممة دون دائني هذه المستشفيات الذين لم يكلفهم القانون بتقديم بيان عن ديونهم كما فعل بالنسبة لمدينيها وبذلك تبقي حقوق هؤلاء الدائنين قائمة قبل أصحاب تلك المستشفيات فإن المؤسسة الطاعنة لا تكون لها صفة في هذه الخصومة القائمة على مطالبة المطعون ضده بأجره وباقي استحقاقاته المترتبة على فصله الذي تم قبل تأميم المستشفي.إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه برفض الدفع المبدي من المؤسسة الطاعنة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة استنادا إلى أن هذه المؤسسة تعتبر خلفا عاما لمستشفي المواساة المؤمم،ورتب الحكم رفض هذا الدفع قضاءه بإلزام الطاعنة بالمبلغ المحكوم به فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (نقض جلسة ١٩٧٤/٤/١٣ المكتب الفني السنة ٢٥ رقم ١٠٨ص٦٧٦).

٢- أحكام الخلف الخاص والذمة المالية :

المقصود بالخلف الخاص :

هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء، والشي الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب، وقد يكون حقاً شخصياً فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين معين، وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة، والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف في حق شخصي، والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي يهنه، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء، أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له، بل يكون دائناً فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر، بل هو دائن له، والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي، إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي، ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري، لأن كل من الفسخ والإبطال له أثر رجعي فلا يكون البائع متلقياً الملكية من المشتري كما في المقابلة، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية.

والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي، كعقد أو وصية، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دي هلتس ١ في الخلف فقرة ٢٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٢٠١- قارن لابورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها)

والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأي سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادي، فهو وحده الذي يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف. (السنهوري بند ٣٤٩ وانظر البدراوي بند ٣٥٨ - مرقص بند ٢٩٨ وما بعده ، الشرقاوي بند ٦٤؛ حمدي عبد الرحمن فقرة ٢٠١ ، حجازي بند ٣٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الحكم قد استخلص من المستند - المقدم من الطاعنة - أن الشركة العامة لدور السينما اشترت الذمة المالية للشركة الشرقية للسينما بكامل عناصرها من أصول وخصوم دون تحديد أو تقييد بما ورد في قرار التقييم أو قرار الحارس العام الصادر باعتماده وأنه بالتالي تكون الشركة المشترية قد خلفتها خلافة عامة، ثم اندمجت الشركة الأخيرة في شركة القاهرة للتوزيع السينمائي التي اندمجت في المؤسسة المصرية العامة للسينما وأنه لهذا تكون المؤسسة المذكورة هي صاحبة الصفة في إقامة الدعوى عليها وهو استخلاص سائغ يتفق مع صحيح القانون، وإذ رتب الحكم على ذلك القضاء برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، فإن النعي عليه يكون غير سديد" (الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥)، وبأنه "الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئاً سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً على هذا الشيء. أما من يترتب له ابتداء حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له - بل يكون دائناً - فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له، إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار" (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)، وبأنه "رسو المزاد في البيع الجبري لا ينشئ ملكية جديدة مبتدأة للراسي عليه المزاد وإنما من شأنه أن ينقل إليه ملكية الشيء المبيع من المدين أو الحائز وبذلك يعتبر الراسي عليه المزاد في البيع الجبري خلفاً خاصاً انتقل إليه الحق من البائع بمقتضى التصرف بالبيع شأنه في ذلك شأن المشتري في البيع الاختياري" (الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٨).

التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف وبين انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إليه :

الحق الذي ينقله السلف إلى الخلف إنما ينقله إليه بالحالة التي كان السلف قد تلقاها عليها، فإذا كان السلف قد تلقى الحق مقترناً بوصف كأجل أو شرط أو معرضاً لطعن كالبطلان أو الفسخ أو محملاً بتكاليف كحق ارتفاق ثم نقل هذا الحق إلى خلف خاص فإن الحق ينتقل إلى الخلف الخاص بأوصافه وتكاليفه التي تنتقل إلى الخلف الخاص بموجب أثر الاستخلاف إعمالاً للقاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له. أما إذا كان السلف بعد أن تلقى الحق وقبل أن ينقله إلى الخلف قد أبرم في شانه عقداً ولد حقوقاً والتزامات تتصل بالشيء محل الحق، ففي هذه الصورة يثور التساؤل حول انصراف أثر هذا العقد بما ولده من حقوق والتزامات إلى الخلف، وهذه هي الصورة التي تعرض لها المادة/ ومن ثم لا يكون هناك محل لإعمال المادة بالنسبة للأوصاف والتكاليف التي كانت تلحق بالحق عند تلقي السلف له، لأنها إنما تنتقل إلى الخلف الخاص وفقاً لمبادئ تلقي الحقوق أي بموجب الاستخلاف حيث لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له. ولكن حكم المادة يعالج مدى انصراف أثر العقود التي يبرمها السلف - وتتعلق بالشيء محل الحق - إلى الخلف الخاص، بحيث يكتسب ما أنتجته من حقوق وما فرضته من التزامات وبمعنى آخر تعالج المادة مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف المتعلقة بالمال الذي آل إلى الخلف. (مرقص نظرية العقد بند ٢٩٩ - جمال زكي بند ١٤٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "عقد البيع ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع له في تسلم المبيع من البائع السابق وهذا الأثر يترتب على عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلاً باعتباره من الحقوق الشخصية التي تولد عنه" (١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة القواعد القانونية – ٦٢ – ٣٥٤ - المكتب الفني في ٢٥ عاماً) وبأنه "الحكم الصادر في وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلقي عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقي مستغنياً بهذا السبب الآخر عن سبب التلقي" (١٩٣٤/٥/٢٤ مجموعة القواعد القانونية –٢٩٠ – ٦٣ المكتب الفني في ٢٥ عاماً)، وبأنه "القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعي، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف ببيع المقهى إلى الطاعنة قابلاً للفسخ وانتقل إليها محملاً بهذا العيب، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر في طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلي قبل حصوله فإنه إذا ما تحقق الفسخ بصدور الحكم بانتهاء العقد الأصلي فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)، وبأنه "متى اكتسب الحائز بالتقادم ملكية أطيان عليها حق امتياز مقرر قبل بدء سريان التقادم فإنه يكتسب الملكية مثقلة بهذا الحق الذي يبيح لصاحبه حق التتبع واتخاذ إجراءات التنفيذ" (الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/١٢).

شروط انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إلى الخلف الخاص :

يجب توافر خمسة شروط لانصراف أثر العقد الذي أبرمه السلف للخلف الخاص أولهما أن يكون هناك عقداً أبرمه السلف متعلقاً بالمال الذي سوف يؤول بعد ذلك للخلف وثانيهما ألا يكون هذا العقد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وثالثهما أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً في إبرامه على التصرف الذي تحقق به الاستخلاف. حتى يمكن أن يكون هذا العقد متصلاً بالحق الذي كسبه الخلف، فانتقال هذا الحق إليه من السلف، يزيل قدرة السلف على التعامل بشأنه، ويكون الخلف بالنسبة لأي عقد يبرمه السلف، ولو تعلق بالحق الذي كسبه الخلف لاحقاً للاستخلاف، أجنبياً تماماً. وهذا الشرط واضح في قول النص "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص"، ورابعها أن يكون الحق أو الالتزام المترتب على عقد السلف متصلاً بالحق المستخلف فيه، أي أن يكون كما يعبر نص المادة ١٤٦ مدني، من مستلزمات هذا الحق. وضرورة اتصال عقد السلف بالحق محل الاستخلاف شرط بديهي، فهو وحده الذي يبرر أن ينصرف أثر العقد إلى شخص لا تربطه بهذا السلف صلة إلا أنه خلف له في حق معين، فمسألة انصراف أثر تصرفاته إلى هذا الخلف لا تثور إلا فيما يتصل بهذا الحق، على خلاف الحال بالنسبة للخلف العام الذي يخلف الشخص في ذمته (كلها أو جزء منها) ولذا تثور مسألة انصراف آثار كل عقوده إلى هذا الخلف، على ما ذكرنا من قبل. وقد حددت المادة ١٤٦ مدى الصلة التي تكون بين الحقوق، والالتزامات الناشئة عن عقد السلف، وبين الحق المستخلف فيه، حتى تنصرف إلى الخلف الخاص فاقتضت أن تكون هذه الالتزامات والحقوق من مستلزمات الحق المستخلف فيه. والحق المترتب على عقد السلف، يكون من مستلزمات الحق الذي انتقل إلى الخلف، وينتقل لذلك إلى هذا الخلف، إذا كان من مكملات الحق المستخلف فيه، وهو يكون من مكملات هذا الحق إذا كان مما يعين على حسن الانتفاع به، أو إذا كان مما يحفظه ويقويه، أو إذا كان مما يدرأ عنه بعض المخاطر والأضرار، فإذا كان السلف قد رتب للعين المبيعة إلى الخلف المبيعة إلى الخلف ارتفاقاً بالمرور أو بالمطل، باتفاق بينه وبين صاحب العقار المجاور، تحسيناً للانتفاع بها، انتقل هذا الارتفاق إلى الخلف باعتباره من مكملات العين المبيعة له، وإذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً، وكان هذا الحق مضموناً برهن قدمه آخر أو بكفالة، فإن حق المحيل في الرهن أو في الكفالة ينتقل إلى الخلف، باعتباره من مكملات البيع، لما يحققه من تأمين الخلف من المخاطر.

والأمثلة السابقة للحقوق التي تكون من مكملات الحق الذي ينتقل إلى الخلف، تبين صلة هذه الحقوق المكملة، بالحق الأصلي، وتظهر أنها حقوق تتقرر لمصلحة الحق الذي انتقل إلى الخلف ولم يراع في تقريرها شخص السلف نفسه، ولذا فهي تعتبر من ملحقات الحق، وتنتقل معه إلى كل من يصبح صاحباً له. وعلى ذلك لا يعد من مستلزمات الحق الذي انتقل إلى الخلف، فلا ينتقل معه إلى هذا الخلف، ما ينشأ من الحقوق للسلف عما يبرمه من عقود، قد تتعلق بموضوع الاستخلاف، ولكن هذه الحقوق لا تعد من مكملاته، كحق السلف قبل مقاول اتفق معه قبل بيع الأرض إلى الخلف، على أن يبنى له منزلاً فيها، أو حق السلف في حفظ سيارته المبيعة في مأوى سيارات (جاراج)، الناشئ له من عقد إيجار "الجاراج". والالتزامات التي تنشأ عن عقد السلف، وتنتقل لذلك إلى الخلف باعتبارها من مستلزمات الحق الأصلي الذي انتقل إليه، هي الالتزامات التي تحدد هذا الحق، أي التي تمثل قيوداً على هذا الحق أو بياناً لنطاقه، وتعتبر لذلك من محدداته، ولذلك فمشتري قطعة أرض للبناء ينتقل إليه التزام البائع بمراعاة شروط معينة فيما يقيمه فيها من بناء، تعد بها في عقد كسب ملكيتها. كما ينتقل إلى مشتري عمارة، تعهد بائعها لمستأجريها بتركيب مصعد، وكذا يلتزم الخلف الذي ينزل له مستأجر مبنى معين، عن حقه في الإيجار، بما التزم به المستأجر الأصلي من قيود على وجوه استخدام هذا المبنى، كأن يكون المؤجر قد اشترط عليه ألا يستعمل مدرسة أو مصنعاً أو متجراً. أما إذا كانت الالتزامات المترتبة على عقود السلف، لا تعتبر من محددات حق الخلف، فإنها لا تنتقل إلى هذا الخلف، كالتزام بائع السيارة لصاحب الجاراج الذي يحفظها فيه، فإنه لا ينتقل إلى مشتري هذه السيارة، أو التزام بائع قطعة أرض البناء، لمقاول اتفق معه على بناء الأرض قبل بيعها، وخامسها أن يكون الخلف عالماً، وقت انتقال الحق إليه، بالحق أو الالتزام المترتب على عقود السلف المتصلة بموضوع الاستخلاف. ونص المادة ١٤٦ على شرط العلم، عام يقتضي ضرورة العلم بالحقوق والالتزامات، التي تنتقل إلى الخلف الخاص باعتبارها من مستلزمات الحق الذي انتقل إليه. ولكن الفقه يلاحظ أن استلزام علم الخلف، كشرط لانصراف أثر عقود السلف إليه، تقصد به مصلحة هذا الخلف. ولذا لا يبدو ضرورياً إلا بالنسبة للالتزامات التي تعتبر أعباء عليه أو قيوداً على الحق الذي انتقل إليه، أما الحقوق فهي ميزات للخلف، ولذا لا تبدو أهمية لاشتراط علمه بها، حتى يفيد منها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لئن كان الحكم الذي يصدر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له، إلا أن البائع لا يعتبر ممثلاً للمشتري في الدعوى التي لم يكن ماثلاً فيها بشخصه وترفع على البائع بشأن ملكية العقار موضوع البيع ولو تناولت العقد المبرم بينهما طالما أن المشتري يستند في ملكيته إلى وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية ذلك أنه متى توافرت في وضع اليد شرائطه القانونية فإنه يعد سبباً يكفي بذاته لكسب الملكية مستقلاً عن عقد البيع ولو تم فلا ينقطع هذا التقادم المكسب بالحكم الصادر في تلك الدعوى" (الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١٦)، وبأنه "متى كانت المحكمة فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يقيد سوى البائع وخلفائه المباشرين فإنه يكون غير منتج النعي عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة ١٤٦ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧)

وبأنه تنص المادة ١٤ من القانون المدني على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل شيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء والحقوق الشخصية التي تنشأ من تصرفات السلف تعتبر من مستلزمات الشيء فتنتقل إلى الخلف إذا كانت مكملة له والالتزامات التي تنشأ من تصرف السلف تعتبر من مستلزمات الشيء وتنتقل إلى الخلف إذا كانت محددة له. وإذ كانت الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار لا تعتبر مكملة الشيء أو محددة له، فإن عقد الإيجار لا يعتبر من مستلزمات الشيء الذي ينتقل إلى الخلف، وبالتالي لا تعتبر الطاعنة وإن انتقل إليها نشاط الشحن والتفريغ من سلفها في هذا النشاط مسئولة عن إيجار هذا السلف للمشمعات المطالب بإيجارها في هذه الدعوى" (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)، وبأنه "تنص المادة ١٤٦ من القانون المدني على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات أو حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف من الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه مما مفاده أنه وإن كان الأصل في الخلف الخاص أنه يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجراها سلفه قبل الشراء، إلا أن هذه الغيرية تنحسر عنه متى كان عالماً بالتصرف السابق وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد تعتبر من مستلزمات الشيء وهي تكون كذلك إذا كانت مكملة له كعقود التأمين أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع بالشيء وتغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه" (الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١/١).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "مناط حلول الخلف محل سلفه في عقد التأمين على شيء معين بالذات أن تنتقل إليه ملكية ذات الشيء المؤمن عليه مع توافر ما يستلزمه القانون في هذا الشأن. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعن حلوله محل البائعين له في تقاضي مبلغ التأمين المستحق لهم بموجب عقد التأمين لغرق المركب المؤمن عليها تأسيساً على أن للطاعن لم يشتر حصة في تلك المركب وإنما اشترى حصة في أنقاضها الغارقة بعد وقوع الخطر المؤمن منه، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٧)، وبأنه إذا كان العقد لا يتناول في أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم في التعاقد من خلف عام أو خاص، فإنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتري أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقي. ولما كان الطاعن يركن في إثبات ملكيته للمخبز باعتباره محلاً تجارياً إلى عقد شرائه له بتاريخ.... من مالكه السابق وهو بهذا الوصف مستقل في ملكيته عن العقار الذي اشترته المورثة في تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجاري ومن ثم فإن عقد شراء المورثة للعقار الذي يقع به المحل التجاري لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند في إثبات ملكيته إلى سبب آخر" (الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)، وبأنه "مؤدى نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أن من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين يلتزم بما تعاقد عليه السلف متعلقاً بهذا الشيء متى كان هذا التعاقد سابقاً على انتقال هذا الحق العيني إليه وكان ما يرتبه العقد السابق من حقوق أو التزامات من مستلزمات الشيء وكان الخلف عالماً بها وقت انتقال الحق إليه، ولما كانت الالتزامات تعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له بأن تفرض عليه قيوداً أو تضيق من نطاقه وكان من آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع من رقبة ومنفعة إلى المشتري - ما لم ينص العقد على قصرها على أحدهما - بما يكملها وبما يحددها، فإن ما يتعاقد عليه السلف محدداً لنطاق انتفاعه بالشيء يلتزم به الخلف متى كان عالماً به وقت التعاقد باعتبار المنفعة من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه كأثر من آثار عقد البيع" (الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢١)

وبأنه من المقرر – في قضاء هذه المحكمة- أنه في حالة انتقال ملكية المنشأة تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد العمل إلى من انتقلت إليه الملكية، ويبقى عقد العمل قائماً بقوة القانون بين العامل وصاحب العمل الجديد كما لو كان قد أبرم معه منذ البداية وينصرف إليه أثره ويكون مسئولاً عن تنفيذ جميع الالتزامات المترتبة عليه" (الطعن رقم ٢٢٦٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩).

وقد قضت محكمة النقض بالنسبة لشرط أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على التصرف الذي تحقق به الاستخلاف بأن "الأصل أن البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكاً للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقاً أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة" (الطعن رقم ٧٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤)، وبأنه "مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المدني أن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلاً إلا إذا كان متعلقاً بالشيء الذي انتقل إليه، وكان عقد السلف سابقاً على العقد الذي بموجبه انتقل الشيء إلى الخلف، أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولا يسري أثرها عليه، والحكم كالعقد في هذا الشأن فلا يتعدى أثره ولا تمتد حجيته – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف واكتسابه الحق عليه، ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا صدر الحكم فيما بعد" (الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١).

والحكم كالعقد فيشترط للاحتجاج به على الخلف الخاص أن يكون صادراً في تاريخ سابق على أيلولة المال إلى الخلف الخاص، غير أنه إذا سجلت صحيفة الدعوى التي صدر فيها – في الحالات التي يجوز فيها ذلك وفقاً لقانون الشهر العقاري- قبل أيلولة المال إلى الخلف الخاص كان الحكم حجة على الأخير.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحكم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يتعدى أثره ولا تمتد حجيته إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء موضوعه إليه واكتسابه الحق عليه" (الطعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢١)، وبأنه "البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة في دعوى لم يختصم فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور الحكم" (الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)، وبأنه "إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن مصلحة الضرائب أوقعت حجزاً إدارياً على الجراج المنشأ بعين النزاع وباشرت بيعه بالمزاد العلني استيفاء لدينها قبل المستأجر الأصلي، فرسا البيع على الشركة الطاعنة في ١٩٧١/١٢/٢٥، وكان المؤجر المطعون عليه – لم ينازع في أثر هذه الإجراءات على بقاء العلاقة الإيجارية بل واقتضى الأجرة من الشركة الطاعنة، فإن العلاقة الإيجارية تصبح من هذا التاريخ قائمة بينهما مباشرة وتنقضي كل علاقة بين المؤجر وبين المستأجر الأصلي، فإذا أقام الأخير الدعوى رقم .... ضد المطعون عليه بطلب تحديد الأجرة القانونية لعين النزاع واستمرت الدعوى إلى ما بعد انتفاء العلاقة الإيجارية بينهما وأيلولة حق الإجارة للشركة الطاعنة دون اختصامها فيها وحتى صدور الحكم في ١٩٧٥/١٢/٩ برفضها تأسيساً على ورود الإيجار على أرض فضاء ونفذ استئنافياً في ١٩٧٥/١/١٩، فإن الشركة الطاعنة لا تحاج بهذا الحكم تبعاً لصدوره في تاريخ لاحق لحلولها محل المستأجر في عقد الإيجار، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على محاجة الطاعنة بهذا الحكم وتحجب بذلك عن البحث فيما أقامت الطاعنة دفاعها عليه من أن الإيجار يرد على مكان وليس على مجرد أرض فضاء وأن البيع بالمزاد انصب على جدك خاص بجراج، فإنه يكون علاوة على خطئه في تطبيق القانون قد شابه قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "إذا كان الواقع في الدعوى أن عقاراً رسا مزاده على الطاعنين فنازعهم المطعون عليه في شأن ملكية جزء منه تأسيساً على أنه يمثل جهة وقف وأن الوقف حصل على حكم ضد المدينة المنزوع ملكيتها قبل تسجيل حكم مرسى المزاد قضى بتبعية جزء من العين المنزوع ملكيتها له فإن هذا الحكم يكون حجة على الراسي عليهم المزاد - ذلك أن الراسي عليهم المزاد بوصفهم خلفاً خاصاً للمدينة تلقوا عنها الحق بمقتضى حكم مرسى المزاد ويعتبرون ممثلين في شخص البائعة لهم في الدعوى المقامة من جهة الوقف ضدها - ولا يحول دون هذا التمثيل إلا أن يكون حكم مرسى المزاد قد سجل قبل صدور الحكم بتبعية جزء من العين لجهة الوقف ولا عبرة بعد ذلك أن يكون هذا الحكم قد صدر ابتدائياً قبل تسجيل حكم مرسى المزاد - لأن الحجية تثبت للحكم ولو كان ابتدائياً - ولا عبرة بعدم تسجيل جهة الوقف لصحيفة الدعوى ولا بعدم تسجيل الحكم، لأن تمسك الراسي عليهم المزاد الوقف - يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك لم ينشئ للمتصرف إليهم - وهم المشترون بالمزاد - أي حق في الملكية بالنسبة لذلك الجزء إذ التصرف الصادر من غير مالك لا يكسب بمجرده الحق العيني ولا يمكن أن يؤدي إلى كسب الملكية إلا بالتقادم الخمسي إذا توافرت شروطه وأهمها الحيازة فضلاً عن السبب الصحيح وحسن النية" (الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/١/٢٢)، وبأنه "لا تمتد حجية الحكم إلى الخلف الخاص إلا إذا كان الحكم سابقاً على اكتساب الخلف حقه" (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧)، وبأنه "الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له" (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)، وبأنه "إذ كان المشتري لعقار بعقد غير مسجل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر دائناً للبائع، وكان الحكم بصحة العقد الصادر من المدين حجة على دائنه لأن المدين يعتبر ممثلاً لدائنه في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفاً فيها، وكان الحكم نهائياً بصحة ونفاذ العقد هو قضاء بانعقاده صحيحاً ونافذاً بين طرفيه - فإنه يمتنع على من يعتبر ذلك الحكم حجة عليه العودة إلى الادعاء بتزوير ذلك العقد ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول إذ أن الادعاء بالتزوير في هذه الحالة لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى كان يجب إبداؤه أمام المحكمة التي نظرت هذا الموضوع ولا يكون لغيرها أن تنظره" (الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٣/٦/٩)، وبأنه "الحكم الذي يصدر ضد البائع فيما يقوم بشأنه العقار المبيع من نزاع يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على المشتري الذي لم يكن قد سجل عقد شرائه عند صدوره على أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له" (الطعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٤/٣/٧).

وبالنسبة لشرط أن يكون الحق من مستلزمات الشيء :

فقد قضت محكمة النقض بأن "لما كانت ملكية السيارة - بحسبانها منقولاً معيناً بذاته- تنتقل بمجرد العقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، بما مؤداه أن المشتري يخلف البائع في وثيقة التأمين باعتبارها من ملحقات الشيء الذي ينتقل معه إلى الخلف الخاص، ولا يغير من هذا النظر ما أوجبه قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ وتعديلاته على المالك الجديد للمركبة من أن يبادر خلال مهلة محددة إلى طلب نقل القيد باسمه مع ما يقتضيه هذا القيد من إصدار وثيقة تأمين جديدة باسمه وذلك أن مفاد نصوص المواد ٢، ١٠، ١١، ١٩ مجتمعة من ذات القانون، أن المشرع لم يخرج في شان انتقال ملكية السيارة عن القواعد العامة في القانون المدني وأن كل ما رتبه على عدم تنفيذ المشتري للالتزام المشار إليه آنفاً أن يظل والبائع المقيدة باسمه السيارة مسئولين بالتضامن عن تنفيذ أحكام قانون المرور حتى تاريخ نقل القيد أو رد اللوحات المعدنية" (الطعن رقم ٢٤٤٩ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٣٠).

والالتزام حق ينتقل من السلف إلى الخلف فيجب أن يكون محدداً للشيء :

وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف ١) الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالتزام المؤجر بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا بنص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف. كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشتري للمتجر، فلا يجبر المشتري على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك، ويبقى البائع وحده مسئولاً نحوهم، كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشتري - هذا ويلاحظ أن المتجر في ذاته مجموع من المال، فلو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين، إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع في هذا المجموع. ٢) الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذي يملكه في حي للسكنى في مقهى أو مطعما انتقل هذا الالتزام إلى الخلف، كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته، فإن هذه القيود، سواء اعتبرت التزاماته شخصية أو ارتفاقات عينية، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة، وقد اعتبرها القانون الجديد (م١٠١٨) ارتفاقات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ٣) التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك، كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة في جهة معينة كفاً للمنافسة. أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف، وعلى ذلك لا ينتقل: (١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها، فالتزام بائع الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذي قدمناه، والتزام بائع السيارة نحو صاحب "الجراج" لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذي انتقل إلى الخلف من الضرر، سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو ناشئاً عن العمل الضار ذاته. (٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته، فليس على من اشترى ما وهب لبائعه، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته، قضاء شيء من ذلك. (السنهوري بند ٣٥٣ - الشرقاوي بند ٦٤ - عبد الفتاح ص٥٨٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر في الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الأعيان فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية ٦٣- ٣٥٤)، وبأنه "من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات في عقد البيع كي يمكن للمشتري التحدي به" (١٩٥١/١/١٣ مجموعة القواعد القانونية - ٦٣ - ٣٥٤ - المكتب الفني في ٢٥ عاماً).

وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه:

وغني عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه. ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم، وقد كان كل من المشروع التمهيدي والمشروع النهائي للقانون الجديد يكتفي باستطاعة العلم، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به. ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن. (السنهوري بند ٣٥٤ – مرقص بند ٢٢٧)

وقد قضت محكمة النقض "مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أنها إذ تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه. وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقاً من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً" (الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١).

متى يعتبر المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر:

الخلف الخاص هو من يتلقى من شخص آخر (سلفه) حقاً كان قائماً في ذمة هذا الشخص (السلف)، سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً. والمستأجر لا يتلقى حقاً من المؤجر وإنما يرتب له عقد الإيجار حقاً شخصياً في ذمة المؤجر ومن ثم يكون المستأجر دائناً للمؤجر وليس خلفاً خاصاً له. غير أن المشرع نص في المادة ٦٠٤ من القانون المدني على أنه "١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارياً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية. ٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه". فبموجب هذه المادة اعتبر المشرع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار مكملة لملكية العين المؤجرة من ناحية ومحددة لها من ناحية أخرى بحيث تدخل في مقومات هذه العين وتنتقل معها إلى من تلقى ملكيتها. ولولا حكم هذه المادة لما أمكن اعتبار الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار من مستلزمات العين التي انتقلت إلى الخلف. وقد تغاضى في المشرع عن الشرط الثالث من شروط الاستخلاف فلم يستلزم لنفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية أن يكون الأخير على علم به وقت انتقال الملكية. ويعتبر حكم المادة ٦٠٤ فيما يتعلق بذلك خروجاً على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ ومعنى ذلك أن الإيجار ينصرف إلى الخلف بحكم القانون. ولما كان علم الخلف الخاص بالإيجار يعد طريقة من طرق ثبوت التاريخ ومن ثم يكون علم الخلف بالإيجار مانعاً له من الاحتجاج بعدم ثبوت تاريخ الإيجار وعدم سريانه في حقه. كما أنه ينتقل إليه الإيجار إذا تمسك به. ولو لم يكن الإيجار ثابت التاريخ. (انظر السنهوري – مرجع سابق – عبد العزيز – مرجع سابق – الصدة – مرجع سابق).

وكان مفاد المادة ١٤٦ من القانون المدني التي تقضي بأنه "إذ أنشأ العقد التزامات شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" مفادها أنه وإن كان الأصل في الخلف الخاص أن يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجراها سلفه، إلا أن هذه الغيرية تنحسر عنه متى كان ما رتبه السلف يعد من مستلزمات الشيء، فيصبح في هذه الحالة في حكم الطرف في العقد الذي أجراه السلف وكان الالتزام يعتبر من مستلزمات الشيء الضرورية إذا كان محدداً له بأن كان من شأنه أن يقيد من استعمال الشيء أو يغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه، وكان القانون قد اعتبر الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الإيجار من مستلزمات الشيء المؤجر. فإن المتنازل له عن الإيجار يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي فينصر إليه أثر الإيجار من الباطن لأنه عقد أبرم في شأن ما استخلف فيه وهو حق المؤجر متى كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً على التنازل وكان المتنازل إليه عالما به وقت حصول التنازل بالتطبيق لحكم المادة ١٤٦ آنفة الإشارة. لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى أخذاً من مدونات الحكم المطعون فيه ومن المستندات المتبادلة بملف الطعن أن المستأجر السابق للمقهى محل النزاع نزل عن حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى الطاعنين وباعها بمقوماتها المادية والمعنوية بموجب عقد موثق مؤرخ أول مايو سنة ١٩٦٤، وأن هذا المستأجر السابق كان قد أجر جزءاً من العين المؤجرة إليه للمطعون عليه الثاني بمقتضى عقد ثابت التاريخ في ١٤ فبراير سنة ١٩٦٠، وكان علم الطاعنين بحصول التأجير من الباطن ثابتاً ثبوتاً يقينياً في حقهم فإن التأجير من الباطن ينفذ في حقهم. لما كان ما تقدم وكان لا يساغ القول بأن عقد الإيجار المبرم مع المستأجر السابق قد انقضى، وأن المطعون عليها الأولى مالكة العقار المؤجرة قد أبرمت عقد الإيجار المؤرخ ٢ من يوليو ١٩٦٤ مع الطاعنين، وأن ذلك يستلزم حتماً انقضاء عقد المطعون عليه الثاني باعتباره مستأجراً من باطن المستأجر السابق الذي انتهى عقده، لأن ذلك القول إنما يصدق على انتقال ملكية العين المؤجرة إلى مشترٍ لا يسري في حقه الإيجار من الباطن بالإضافة إلى أن صدور عقد الإيجار من المالكة الأصلية إلى الطاعنين ليس إلا إقراراً للتنازل الذي تم بين المستأجر الأصلي وبينهم ولا تأثير له على التأجير من الباطن" (الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١١/٢)، وبأنه "مفاد المادتين ١٤٦ و ٦٠٤ من القانون المدني مرتبطتين أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزاماته نحوه، وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه، اعتباراً بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره. ويقصد بنفاذ الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها، ففي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني، يؤيد هذا النظر من المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصاً صريحاً بأنه إذا كان الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات. ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى هذا الحكم الذي تضمنه النص المحذوف. لما كان ذلك

وكانت الشركة الطاعنة لا تجادل في انصراف عقود الإيجار المطعون عليهم إليها، باعتبارها خلفاً خاصاً، ولا تعيب على الحكم المطعون فيه ما انتهى إليه من التزام المالك السابق بتركيب مصعد للعمارة ولا في أن هذا الالتزام نشأ قبل انتقال ملكية العين المؤجرة إليها، وكان الالتزام بتركيب المصعد يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلاقة الإيجارية ويعتبر بحسب طبيعته مترتباً عليها، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون إذ أغفل التحدث عن ركن العلم في هذا الصدد" (الطعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٦/٩).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن عقد الإيجار الصادر من المالك المؤجر لا يسري في حق المشتري إلا بالنسبة لما كان قائماً من المباني فعلاً وقت البيع ومن ثم فإن عقد الإيجار الصادر من المالك السابق في شأن عين النزاع التي لم تكن وقت البيع قد قامت لا يسري في حق مشتري الأرض الذي أقام البناء" (الطعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٧)، وبأنه "لما كان مؤدى ما تنص عليه المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه، غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذي يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار، وإن كان تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني إلا أنه وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة - في المواد الثلاثة الأخرى سالفة الذكر وبالشروط المبينة بها - لا يكون المتصرف إليه خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية بالتسجيل، أما قبل ذلك فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع - مؤجر العقار - وحق المشتري في تسلم العقار وفي ثماره ونمائه المقرر له قانوناً من مجرد البيع ذاته إنما هو حق شخصي مترتب له في ذمة البائع إليه، كما أن علاقته بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أي علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل والمستأجر لهذا العقار" (الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)، وبأنه "مؤدى ما تنص عليه المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥ ، ٦٠٦ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون، فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه، ولا يكون مشتري العقار المؤجر خلفاً خاصاً في هذا الشأن إلا إذا انتقلت الملكية إليه فعلاً بالتسجيل، ويلتزم المستأجر نحوه بكافة التزاماته بمجرد علمه بانتقال الملكية لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قدم لمحكمة بندر الزقازيق صورة فوتوغرافية لحكم تثبيت ملكيته لأرض النزاع الصادر في الدعوى رقم ٢٢٣٩ سنة ١٩٧١ مدني كلي الزقازيق والمشهر برقم ٤٥٦٢ شرقية في ١٩٧٦/٩/٢٠، ولم يجحد الطاعنون هذا المستند، بل الثابت من مذكرات الطاعنة الثانية ومورثة الطاعنين السادس والسابع المقدمة لمحكمة بندر الزقازيق في ١٩٧٧/٣/٩، ١٩٧٧/١٠/٢٦، ولمحكمة الزقازيق الابتدائية في ١٩٨١/٥/١٢ أنهما تعلمان بانتقال ملكية العين المؤجرة للمطعون ضده في ١٩٧٦/٩/٢٠، ومن ثم فإن ذلك يعتبر كافياً لتحقق صفة المطعون ضده في طلب الإخلاء، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة فإنه يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة في القانون، ويكون النعي على ما قرره الحكم من ثبوت تلك الصفة من إنذار عرض الأجرة عليه - أياً كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج" (الطعن رقم ١٩٧٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)، وبأنه "إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن مصلحة الضرائب أوقعت حجزاً إدارياً على الجراج المنشأ بعين النزاع وباشرت بيعه بالمزاد العلني استيفاء لدينها قبل المستأجر الأصلي، فرسا البيع على الشركة الطاعنة في ١٩٧١/١٢/٢٥، وكان المؤجر - المطعون عليه - لم ينازع في أثر هذه الإجراءات على بقاء العلاقة الإيجارية بل واقتضى الأجرة من الشركة الطاعنة، فإن العلاقة الإيجارية تصبح من هذا التاريخ قائمة بينهما مباشرة وتنقضي كل علاقة بين المؤجر وبين المستأجر الأصلي

فإذا أقام الأخير الدعوى رقم .... ضد المطعون عليه بطلب تحديد الأجرة القانونية لعين النزاع واستمرت الدعوى إلى ما بعد انقضاء العلاقة الإيجارية بينهما وأيلولة حق الإجارة للشركة الطاعنة دون اختصامها فيها وحتى صدور الحكم في ١٩٧٣/١٢/٩ برفضها تأسيساً على ورود الإيجار على أرض فضاء وتأيد استئنافياً في ١٩٧٥/١/٢٩، فإن الشركة الطاعنة لا تحاج بهذا الحكم تبعاً لصدوره في تاريخ لاحق لحلولها محل المستأجر في عقد الإيجار، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على محاجة الطاعنة بهذا الحكم وتحجب بذلك عن البحث فيما أقامت الطاعنة دفاعها عليه من أن الإيجار يرد على مكان وليس على مجرد أرض فضاء وأن البيع بالمزاد انصب على جدك خاص بجراج، فإنه يكون علاوة على خطئه في تطبيق القانون قد شابه قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١)، وبأنه مؤدى ما تنص عليه المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه غير أن انصراف عقد الإيجار على الخلف الخاص متلقي ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار وإن كان يعد تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرر المشرع لهذه القاعدة في المواد الثلاث الأخرى سالفة الذكر وبالشروط المبينة فيها يكون المتصرف إليه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلاً. وعلى ذلك فإنه يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع مؤجر العقار وعلاقة المشتري بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل عقده وبين المستأجر لهذا العقار ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشيء بالطريق المباشر" (الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠).

إلا أن محكمة النقض قضت في موضوع آخر بأن "تنص المادة ١٤٦ من القانون المدني على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء وكانت الحقوق الشخصية التي تنشأ من تصرفات السلف تعتبر من مستلزمات الشيء فتنتقل إلى الخلف إذا كانت مكملة له. والالتزامات التي تنشأ من تصرف السلف تعتبر من مستلزمات الشيء وتنتقل إلى الخلف إذا كانت محددة له، وكانت الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار لا تعتبر مكملة للشيء أو محددة له، فإن عقد الإيجار لا يعتبر من مستلزمات الشيء الذي ينتقل إلى الخلف، وبالتالي لا تعتبر الطاعنة وإن انتقل إليها نشاط الشحن والتفريغ من سلفها في هذا النشاط مسئولة عن إيجار هذا السلف للمشمعات المطالب بإيجارها في هذه الدعوى" (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/٢).

تقاضي السلف خلو رجل ومقدم إيجار على خلاف القانون لا يسري في حق الخلف الخاص :

لا ينتقل إلى الخلف الخاص إلا ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالعين المؤجرة بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة، شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها، ومن ثم فإن تقاضي السلف خلو رجل ومقدم إيجار لا تنتقل آثاره إلى الخلف الخاص، لأنها لا تعتبر التزاماً متصلاً اتصالاً وثيقاً بالعلاقة الإيجارية، كما لا يعتبر بحسب طبيعته مترتباً عليها. أما إذ كان تقاضى خلو الرجل أو مقدم الإيجار مشروعاً ومتفقاً عليه في العقد، فإن آثاره تنتقل إلى الخلف الخاص. (المستشار عزمي البكري – مرجع سابق – بند ٤٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث أن هذا النعي مردود، ذلك أن مفاد المادتين ١٤٦، ٦٠٤ من القانون المدني مرتبطتين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزامات نحوه وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه اعتباراً بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره ويقصد بنفاذ الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من الالتزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني، يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصاً صريحاً بأنه إذا كان الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى ذات الحكم الذي تضمنه النص المحذوف. وتقوم التشريعات الجنائية الحديثة على مبدأ شخصية العقوبة - ويعني هذا المبدأ أن العقوبة لا يجوز أن تنزل بغير من يسأل عن الجريمة ولو كان واحداً من أفراد أسرة المسئول أو كان من ورثته. لما كان ذلك، وكان الواقع المطروح في الدعوى أن مبلغ خلو الرجل ومقدم الإيجار المدفوعان من الطاعن للمالك السابق - وهما جريمة جنائية - لم يتفق عليهما في عقد الإيجار كما وانهما ليسا من مستلزمات العين المؤجرة، وأن الثابت أن الحكم الصادر في الجنحة رقم ١٣٧١ لسنة ١٩٨٥ أمن دولة الساحل والذي قضى برد مبلغ خلو الرجل للطاعن قد صدر ضد المالك السابق، وأن مبلغ مقدم الإيجار فقد أقر تمسك الطاعن بصحيفة الاستئناف بأنه قد استحصل من المالك السابق على شيك بقيمة المبلغ المذكور وهو وشأنه بخصوص تحصيل قيمته أو تنفيذ ما قضى به الحكم الجنائي، بما مفاده أن المطعون ضدها - المالكة الحالية لعين النزاع - لا تعتبر وإن انتقلت إليها ملكية العقار من سلفها مسئولة عن الوفاء بالمبالغ التي تقاضاها المالك السابق باعتبارها التزاماً لا يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلاقة الإيجارية ولا يعتبر بحسب طبيعته مترتباً عليها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وبنى قضاءه بعدم حلول المطعون ضدها بوصفها خلف خاص للمالك السابق بخصوص التزامها برد المبلغ المشار إليه فإنه يكون قد تضمن قضاء ضمنياً على ما لم يأخذ من مستندات الطاعن ولم تطمئن إليها المحكمة فلا يعيبه أنه أغفل الرد عليها استقلالاً ومن ثم فإن الحكم يكون طبق صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى ويضحى النعي عليه بهذه الأسباب يكون على غير أساس" (الطعن رقم ٥١١٩ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢).

الخلف الخاص من الغير بالنسبة للتصرفات الصورية فلا يحتج عليه بتصرفات سلفه في هذا الشأن:

فقد قضت محكمة النقض بأن" اعتبار الخلف الخاص من الغير بالنسبة للتصرف الصوري الصادر من البائع به إلى مشتر آخر.لهذا الخلاف إثبات الصورية بكافة الطرق " (الطعن رقم١٦١سنة٣٨ق جلسة١٩٧٣/٦/٢٦ رقم١٦٨ص٩٦٧).

الشركة الدامجة خلف خاص في الحقوق والالتزامات التي في ذمة الشركة المندمجة :

فقد قضت محكمة النقض بأن"اندماج الشركات. أثره انقضاء شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة لها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات.سريان ذلك الأصل بشأن الاندماج في الشركات المساهمة ما لم يتفق على خلافه في عقد الاندماج . م٤قانون ١٤٤لسنة١٩٦٠(الطعن رقم١١٣ سنة٣٨ق جلسة١٩٧٣/١٢/١٨ رقم٢٢٢ص١٢٨٠).

عقد القسمة غير المسجل ليس بحجة على الغير :

فقد قضت محكمة النقض بأن"إن المادة١٠من القانون رقم ١٤لسنة١٩٤٦ لخاص بالشهر العقاري إذ تنص على أن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير.ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا مورثة فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التسجيل في هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فإنه يكون له أن يرتضي القسمة التي تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته (الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/١/١٥ س١٠ص٤٣).

تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى في تحقيق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط في المادة١٤٦ مدني :

فقد قضت محكمة النقض بأن"يقضي القانون بأنه في حالة تزاحم مشترين لعقار واحد من مالك واحد فإن الأفضلية بينهما تكون لصاحب العقد الأسبق في التسجيل.فمتى تبين أن أحد المشترين المتزاحمين قد رفع دعوى بصحة تعاقده وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشترى الآخر.ولا محل بعد ذلك لإقحام المادة ١٤٦من القانون المدني لإجراء حكمها على المشترى بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيسري عليه ذلك الحكم أو للبحث في أن علمه هذا كان مقترنا بعلمه بحصول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره لأن تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى في تحقيق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط في المادة ١٤٦ المشار إليها " (الطعن رقم ٧٦ سنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧ س٩ص٢٤٣)

الحكم الصادر ضد البائع حجة على المشترى الذي سجل عقده بعد صدور الحكم:

وقد قضت محكمة النقض بأن " لئن كان الحكم الذي يصدر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع يعتبر حجة على المشترى الذي سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا في شخص البائع له تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له، إلا أن البائع لا يعتبر ممثلا للمشترى في الدعوي التي لم ولو تناولت العقد المبرم بينهما طالما أن المشترى يستند في ملكيته إلى وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية ذلك انه متى توافرت في وضع اليد شرائطه القانونية فإنه يعد سببا يكفي بذاته لكسب الملكية مستقلا عن عقد البيع ولو تم فلا ينقطع هذا التقادم المكسب بالحكم الصادر في تلك الدعوى (نقض جلسة ١٩٦٩/١٢/١٦ المكتب الفني لسنة ٢٠ رقم ١٩٦ ص١٣٦٧).

الأسبقية في التسجيل :

يقضي القانون في حالة تراكم مشترين واحد من مالك واحد بأن الأفضلية بينهما تكون لصاحب العقد الأسبق في التسجيل فمتى تبين أن أحد المشترين المتزاحمين قد رفع دعوى بصحة تعاقده وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشتري الآخر. ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد فإن هذا الحكم يعتبر أسبق تسجيلاً ويفضل عقد المشتري الآخر ولا محل بعد ذلك لإقحام المادة ١٤٦ من القانون المدني لإجراء حكمها على المشتري بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيسري عليه ذلك الحكم، للبحث في أن علمه هذا كان مقترناً بعلمه بحصول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من آثره لأن تسجيل حكم صحة التعاقد يغني في تحقق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط في المادة ١٤٦ المشار إليها" (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧).

العلم يقوم مقام ثبوت التاريخ :

فقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أنها إذ تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى هذا الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقاً من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية ضده فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً" (نقض ١٩٦٦/٢/١ س١٧ ص٢٢١)، وبأنه "متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر من الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر ثم باع المؤجر هذه الأعيان فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون للمشتري وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان" (نقض ١٩٥١/١١/٢٢ جـ١ في ٢٥ سنة ص٣٥٤)، وبأنه "تنص المادة ١٤٦ من القانون المدني على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات أو حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف من الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلن بها وقت انتقال الشيء إليه، مما مفاده أنه وإن كان الأصل في الخلف الخاص أنه يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجراها سلفة قبل الشراء، إلا أن هذه الغيرية تنحسر عنه متى كان عالماً بالتصرف السابق وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء وهي تكون كذلك إذا كانت مكملة له كعقود التأمين أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع بالشيء وتغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه" (الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١/١).

واعتبار الراسي عليه المزاد خلفاً خاصاً :

فقد قضت محكمة النقض بأن "انتقال ملكية المنشأة بالبيع الجبري لا ينشئ ملكية جديدة مبتدأة للراسي عليه المزاد وإنما من شأنه أن ينقل إليه ملكية الشيء المبيع من المدين أو الحائز وبذلك يعتبر الراسي عليه المزاد في البيع الجبري خلفاً خاصاً انتقلت إليه ملكية المبيع شأنه في ذلك شأن المشتري في البيع الاختياري. لما كان ذلك وكان النص في المادة ٨٥ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ صريحاً في أن انتقال ملكية المنشأة من صاحب العمل إلى غيره بأي تصرف مهما كان نوعه لا يؤثر في عقد العمل ويبقى العقد قائماً بقوة القانون بين العامل وصاحب العمل الجديد كما لو كان أبرم معه منذ البداية وينصرف إليه أثره ويكون مسئولاً عن تنفيذ جميع الالتزامات المترتبة للعمال في ذمة صاحب العمل السابق

وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وساير الحكم المستأنف في القول بأن الراسي عليه المزاد في البيع الجبري لا يعتبر خلفاً خاصاً يلزم بحقوق العاملين بالمنشأة التي رسا مزادها قولاً بأن من يلتزم بهذه الحقوق في حكم المادة ٨٥ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ هو من تلقى ملكية المنشأة بتصرف إرادي ورتب على ذلك تأييد الحكم المستأنف بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة مما حجبه عن بحث مدى أحقية الطاعن في المبالغ المطالب بها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٢/١/٤، الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٨).

أسبـــاب بـــراءة الذمـــة :

الالتزام مصيره حتما إلى الانقضاء :

الالتزام مصيره حتماً إلى الانقضاء فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية. والأصل براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض، والعارض لا يدوم. وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن – لا مدى حياته هو- كما في الإيراد المرتب مدى الحياة. أما إذا التزم المدين فعلاً طول حياته، فإن القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً. فمثلاً إذا تعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلاً دائماً (م٥٤٥ مدني)، فإن هذا الدخل الدائم يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك (م١/٥٤٦ مدني). وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال مادام مستحق الدخل حياً، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م٢/٥٤٦ مدني)، فإنه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال مادام المدين بالدخل حياً، فإن هذا تأييد للالتزام فلا يجوز. ونلاحظ من ذلك أن الحق الشخصي أي الالتزام بخلاف الحق العيني مصيره حتماً للانقضاء؛ أما الحقوق العينية فهي حقوق مؤبدة. فنرى أن حق الملكية وهو أهمها على الإطلاق حق مؤبد بطبيعته، ولا يصح إلا أن يكون مؤيداً، حتى إذا انتقل إلى مالك آخر فإنه يتأيد بهذا الانتقال. والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية – كحق الانتفاع وحق الارتفاق- بعضها قد يكون مؤبداً، كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فإنه يتأيد مع حق الملكية الذي يلزمه، وحق الانتفاع مدى الحياة، وبعضها قد يكون مؤقتا، كما إذا حددت مدة معينة لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق.

أسباب براءة الذمة :

هناك عدة أسباب تؤدى إلى براءة الذمة وهي كما حددها التقنيين المدني الجديد ثمانية أسباب :

(١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل

(٣) التجديد والإنابة في الوفاء (٤) المقاصة

(٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء

(٧) استحالة التنفيذ (٨)التقادم

وكثيرا ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لا تمت لها بصلة كالإبطال والفسخ والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد-فهناك فرق واضح بين زوال العقد-وهو مصدر الالتزام - وزوال الالتزام ذاته غير أنه قد يكون هناك تفاعل ما بين الشيئين ، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتنقضي بذلك تبعا للالتزامات الناشئة من هذا العقد، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب من أسباب انقضائها فينقضي العقد تبعا لذلك أو يصبح غير ذي موضوع على أنه الخير أن نفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال العقد،كي فصلنا ما بين الالتزام والعقد، إذ أن الخلط بين الشيئين من شأنه أن يورث الغموض والاضطراب.

لذلك سوف نتناول أسباب براءة الذمة ثم أسباب زوال العقد.

بـــراءة الذمـــة بالوفـــاء :

المقصود بالوفاء :

الوفاء هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين أياً كان محل الالتزام. فالوفاء بالمعنى القانوني لا يقتصر، كما هو الحال في معناه الدارج، على تنفيذ الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود ويقصد بالتنفيذ هنا التنفيذ الاختياري. (إسماعيل غانم ص٣٨٠)

التكييف القانوني للوفاء :

لما كان الوفاء بالالتزام يعتبر تنفيذاً له تنفيذاً عينياً مترتباً على قيام علاقة دائنية تلزم المدين فيها بالوفاء بما تضمنته تلك العلاقة حسبما تم الاتفاق عليه أو قررته النصوص المفسرة لإرادة طرفيها، ومن ثم يكون الوفاء تصرفاً قانونياً حتى لو تمثل في تسليم أشياء مادية طالما أن الوفاء بالالتزام لا يتحقق إلا بذلك، فالبائع يلتزم بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع والمشتري يلتزم بتسليم الثمن، فكل تسليم يعتبر وفاء وبالتالي يكون تصرفاً قانونياً وليس واقعة مادية. (أنور طلبة ص٢٣٠ وما بعدها)

ومن ثم يجرى عليه، من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية. فلابد فيه من التراضي، أي تراضي الموفى والموفى له على وفاء الالتزام، والتراضي يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً. ويغلب أن يكون التنفيذ المادي للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة، فتسليم الموفي الشيء الذي التزم به هو إيجاب، وتسلم الموفي له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول. ويشترط في هذا التراضي أن يكون صادراً من ذي أهلية، وسنتكلم في أهلية الموفي وأهلية الموفي له فيما يلي. ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، فإذا دخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلاً للإبطال. ومن ثم فإن الموفى إذا وقع في غلط واعتقد بحسن نية أن يوفي ديناً عليه ولا دين، فإنه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانوني المشوب بالغلط وهو الوفاء. وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق، يقوم على هذا الأساس القانوني. وكذلك الأمر لو أكره الموفي على وفاء دين انقضى، ثم وجد في أوراقه المخالصة التي تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين، فإنه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه. (السنهوري ص٥١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانوني يجرى عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية فلابد فيه من تراضي الطرفين على وفاء الالتزام، ويشترط في هذا التراضي أن يكون خالياً من عيوب الإرادة فإذا دخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفي ما قبل الوفاء إلا لاعتقاده بأن الدين الذي أوفى به حال بحكم نهائي وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة في الدين فإن الموفي يكون قد وقع في غلط جوهري بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية في اعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء، فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدي إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفي ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصوله ومن ثم يلتزم الموفي بأن يرد المبلغ الذي قبضه" (الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ السنة ١٦ ص٦٠٢)، وبأنه "الإكراه الدافع على الوفاء تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية واختيار، ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الإكراه، فيستوي أن تكون مشروعة أو غير مشروعة متى كان من شأنها أن تشبع الرهبة في نفس الموفي وتدفعه إلى الوفاء" (الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ السنة ٢٧ ص٣٠١)، وبأنه "الحكم الذي يقتصر على البحث في وجود الدين وينتهي إلى تقرير المسئولية دون أن يعرض للوفاء به لا يحوز قوة الأمر المقضي في شأن الوفاء" (الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٤١ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥)

وبأنه لا يترتب على الوفاء الباطل حلول الموفي محل الموفى له في تأميناته لأن هذا الحلول إنما يترتب على الوفاء الصحيح" (الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠)، وبأنه "متى كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بأن الدين الذي أقرت به مورثته لابنتها المطعون عليها وفى بدليل وجود سنده لدى المقرة فلا يجوز له أن يثير هذا الوجه من الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض" (جلسة ١٩٥١/٤/١٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاماً - ٤٨٠- ١١٤٢)

كذلك يجب أن يكون للوفاء - شأنه في ذلك شأن كل تصرف قانوني - محل وسبب. فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به، وسيأتي الكلام فيه تفصيلاً. وسبب الوفاء هو قضاء الدين، وهذا هو الباعث الرئيسي لهذا التصرف القانوني. فإذا كان الدين غير مشروع ووفاء المدين بالرغم من عدم مشروعيته، فإن سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع، ومن ثم يقع باطلاً، ويجوز للموفي أن يسترد ما دفعه، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد. ثم إن الوفاء باعتباره تصرفاً قانونياً، يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية. (السنهوري ص٥١٧)

إثبـــات الوفـــاء :

لما كان الوفاء تصرف قانوني فإنه يخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات. فلا يجوز إثباته إذا جاوز قيمته نصاب البينة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار ولو كان ضمنياً. ويترتب إثبات الوفاء على إثبات قيام الالتزام، بحيث إذا عجز الدائن عن إثبات الالتزام، فلا يطلب من المدين إثبات الوفاء به، أما إذا أثبت الدائن قيام الالتزام، فإن ذلك يكفي لانشغال ذمة المدين به، وبالتالي يتحمل الأخير عبء إثبات الوفاء به وفقاً للقواعد العامة، فإن عجز عن إثبات ذلك، وجب إلزامه بأدائه. فكل تنفيذ لالتزام يعتبر وفاء يخضع في إثباته للقواعد العامة، أياً كان مصدر هذا الالتزام، سواء كان عقداً أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو القانون، لأن من شأن تلك المصادر أن تنشئ الالتزام، ومتى نشأ الالتزام صحيحاً، التزم المدين بالوفاء بما تضمنه أو إثبات انقضائه بأي من أسباب الانقضاء. وإذا تجاوزت قيمة الالتزام نصاب البينة، وجب إثبات الوفاء به وفقاً للقواعد العامة، سواء كان الوفاء كلياً أو جزئياً، فإن كان الوفاء يتم على أقساط، فلا يعتد بقيمة القسط عند إثبات الوفاء به ولكن يعتد بالقيمة الكاملة للالتزام، فإن كانت القيمة الكاملة تجاوز نصاب البينة، وجب إثبات الوفاء بالقسط بالكتابة أو ما يقوم مقامها حتى لو كانت قيمة القسط لا تجاوز هذا النصاب. (أنور طلبة ص٢٣١)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الوفاء بالالتزام إلى الدائن يعتبر تصرفاً قانونياً فيخضع لوسيلة الإثبات التي يحاج بها هذا الدائن أياً كان الموفى فإن الوفاء بالثمن إلى البائع باعتباره وفاء بالتزام المشتري يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع في إثباته لقواعد الإثبات التجارية" (الطعن رقم ٣٣٨٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٦ س١ ع/٢ ص١٤٤)، وبأنه "إذا كان الوفاء بالالتزام إلى الدائن يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع لوسيلة الإثبات التي يحاج بها هذا الدائن أياً كان الموفى فإن تسليم المبيع إلى المشتري باعتباره وفاء بالتزام البائع يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع في إثباته للقواعد العامة" (الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١٢/١٥ س٣٤ ع٢ ص١٨٢٧، الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ س٣٧ ع١ ص٦٠٠)، وبأنه "النص في المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" يدل على أنه يكفي الدائن إثبات نشأة الالتزام فيثبت بذلك انشغال ذمة المدين به ويكون عليه بعد ذلك إثبات براءة ذمته منه" (الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨)

وبأنه متى كانت محكمة الاستئناف قد نفت في حدود سلطتها التقديرية قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي واستلزمت في إثبات دفع مبلغ المهر هذا الدليل الكتابي، فقد كان هذا حسبها لتأسيس قضائها برفض الدعوى بالنسبة لهذا المبلغ مادام أن الطاعن لم يقدم ذلك الدليل ولم يكن على المحكمة بعد ذلك أن تناقض أقوال الشهود التي استند إليها الحكم الابتدائي الذي قضت بإلغائه، ويعتبر كل ما ورد في الحكم المطعون فيه في شأن هذه الأقوال زائداً على حاجة الدعوى لم يكن يقتضيه الفصل فيها ويستقيم الحكم بدونه" (الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)، وبأنه "متى كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى عدم وجود دليل كتابي أو مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء المشتري بثمن العقار الذي طلب الحكم بصحة التعاقد عنه، وكان هذا التعاقد يزيد على (عشرة جنيهات) حسب إقراره، فقد كان هذا حسب محكمة الموضوع لرفض دعواه ورفض طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق إذا مادام البائع قد أنكر أن المشتري قد أوفاه بشيء من الثمن واعترض على الإثبات بغير الكتابة، فإنه لا يجوز قانوناً إثبات هذا الوفاء بغير الكتابة" (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠).

الشخص الذي يقوم بالوفاء:

قد يقوم بالوفاء: (١) المدين. (٢) نائب المدين. (٣) من أي شخص آخر تكون له مصلحة في الوفاء. (٤) من أي شخص آخر ليست له مصلحة في الوفاء. ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي :

(١) الوفاء من المدين: الأصل أن يكون الوفاء من المدين نفسه لأنه الملتزم بالدين بحيث إذا لم يقم بالوفاء اختياراً أجبر عليه؛ لذلك يعتبر الوفاء واجباً وحقاً له في الوقت نفسه؛ لأنه صاحب المصلحة الأولى فيه حيث تبرأ به ذمته .

(٢) الوفاء من نائب المدين: إن كان الوفاء يصح من المدين، فهو يصح أيضاً من نائبه الذي يعتبر ممثلاً له، وقد يكون الوفاء من أعمال التصرف وحينئذٍ تلزم له وكالة خاصة، فإن كان من أعمال الإدارة كانت الوكالة العامة كافية لصحته، وقد تتضمن الوكالة العامة تفويضاً للوكيل بالوفاء بديون الموكل، فيصح الوفاء سواء تعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الإدارة هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية. أما في النيابة القانونية، فإن الوفاء يصح من الولي والوصي والقيم ووكيل الغائب والحارس القضائي والسندي. (أنور طلبة ص٢٢٥) وقد يوكل المدين مصلحة البريد بالوفاء عن طريق حوالة البريد أو يوكل بنكاً بالوفاء عن طريق الدفع للحساب الجاري للدائن في هذا المصرف. ويكون المدين مسئولاً عن أي خطأ يصدر من مصلحة البريد أو البنك.

(٣) الوفاء من شخص له مصلحة في الوفاء: قد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين أو نائبه، يكون ذا مصلحة في الوفاء كالمدين المتضامن أو في التزام غير قابل للانقسام أو كفيل عيني أو شخصي أو حائز العقار المرهون لأنهم ملزمون بالوفاء مع المدين أو بالوفاء عنه. فيكون الوفاء حقاً لهم كما هو واجب عليهم، ويلتزم الدائن بقبول الوفاء مادامت طبيعة الالتزام لا تستلزم أن يقوم به المدين بنفسه. ولا يستطيع المدين الاعتراض على الوفاء ويترتب على الوفاء براءة ذمة المدين، ويكون رجوع الموفي في هذه الحالة على المدين بدعوى الحلول إذ يحل الموفي محل الدائن حلولاً قانونياً في الرجوع على المدين. (محمد كمال عبد العزيز ص١٠١٢)

(٤) الوفاء من شخص لا مصلحة له في الوفاء: قد يكون الموفي أجنبياً أصلاً عن المدين، ليس هو المدين ولا نائبه، وليست له مصلحة قانونية في وفاء الدين، ومع ذلك يتقدم لوفائه، فقد يكون من أقرباء المدين، أو صديقاً له، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر.

وقد يكون شريكاً للمدين في التجارة، ويخشى ما يحدثه التنفيذ الجبري على المدين من أثر في تجارتهما المشتركة. وهو على كل حال يغلب أن يكون، من الناحية القانونية، فضولياً يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه، إذ لو وفى الدين بأمر المدين كان وكيلاً عنه في الوفاء. ويبقى فضولياً حتى لو تقدم لوفاء الدين بغير علم المدين، بل إن هذا هو الأصل في الفضولي. ويصح للأجنبي أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم إرادة المدين، بأن نهاه المدين عن الوفاء فلم ينته، وقبل الدائن منه الوفاء. فإن الوفاء في هذه الحالة يكون مبرئاً لذمة المدين، ولكن الموفي لا يرجع عليه بدعوى الفضولي بل بدعوى الإثراء بلا سبب. ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره، ولو كان أجنبياً عن المدين. وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء، إذ ليست له مصلحة في ذلك مادام يستوفي حقه استيفاء صحيحاً. وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه، ما لم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضي بأن المدين نفسه هو الذي يقوم بالوفاء، كما قضت بذلك المادة ٢٠٨ فيما مر. وفي غير هذا الاستثناء الوارد في المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة: (١) أن يكون الموفي أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية في وفائه. (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبي بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض. (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفي الدين من الأجنبي. فإذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة، تعين على الدائن قبول الوفاء. فلو كان الموفي مصلحة قانونية في الوفاء، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبي، فإن هذا الوفاء يبرئ ذمة المدين كما سبق القول. وكذلك لو كان الموفي ليست له مصلحة في الوفاء، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده، دون أن يعترض المدين، فإن الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين. (السنهوري ص٢٣٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لئن كان للأجنبي عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه ويصح وفاؤه حتى لو كان رغما عن المدين ويحق له بالتالي الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلول، إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة على المدين، فإذا أوفى بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعاً لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتفى حق الموفي في الرجوع" (الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٢)، وبأنه "الدعوى الشخصية التي يستطيع المتبرع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده" (الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ السنة ٢٠ ص١٩٩)، وبأنه "إذا دفع رب العمل التعويض للعامل فإنه يحل محله في اقتضائه من المسئول، وإنما يتعين عليه إخطار المسئول بالامتناع عن الوفاء للمضرور حتى لا يعوض العامل مرتين على ضرر واحد، فإن هو أهمل هذا الإخطار وأوفى المسئول التعويض للعامل فقد برئت ذمته، وليس لرب العمل إلا الرجوع على المضرور الذي اقتضي التعويض مرتين، وإذا كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن رب العمل لم يطلب من شركة التأمين الامتناع عن دفع التعويض الذي دفعته لورثة العامل المتوفى وحلت محلهم فيه فإن وفاء شركة التأمين يكون مبرئاً لذمتها ولذمة المسئول عن الحادث لأنهما ملتزمان بدين واحد" (جلسة ١٩٧١/٣/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٢٩٥)

وبأنه "التزام المرسل إليه بأداء الضريبة الجمركية قاصر على ما يستحق منها على البضائع التي يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية داخل البلاد، فإذا أوفى المرسل إليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده لا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلك الضريبة إلا إذا اتجهت إرادة المرسل إليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل- ذلك أن الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها من القانون المدني – لا يبرئ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفى له إلى الوفاء بدين هذا الغير، أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفي المطالبة باسترداده إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق، وإذا خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عند السداد إلى الوفاء عن الشركة المطعون ضدها – الناقلة – بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في الرسالة، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ س٣١ ع١ ص٣١٢)، وبأنه "الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها من القانون المدني – لا تبرأ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين هذا الغير، أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه، فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفي المطالبة باسترداده إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عن السداد إلى الوفاء عن الشركة – المطعون ضدها الناقلة – بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في الرسالة فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٧٦٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٣/١٦).

جواز الوفاء بشيك أو بحوالة بريدية :

جواز الوفاء بشيك أو حوالة بريدية ترسل في خطاب إلى الدائن، إلا أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك أو الحوالة البريدية، وإذا نازع الدائن في ذلك وقع عبء إثبات قبض الدين على عاتق المدين.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان وفاء الدين الأصلي بطريق الشيك وفاء معلقاً على شرط التحصيل، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية من واقع الدعوى عدم صرف البنك الشيك الذي تسلمه المطعون ضده للاتفاق المؤرخ.. وكان هذا الاستخلاص سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يقم بخصم قيمة هذا الشيك من مبلغ التعويض المقضي به يكون قد التزم صحيح القانون" (نقض ١٩٧٦/١١/٢٩ س٢٧ ص١٦٩٨)، وبأنه "مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ويقول الدائن أنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه هذا الخطاب، ذلك حتى مع صحة قول المدين، لا يعتبر طريق وفاء قانونية، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ، ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً" (نقض ١٩٤٤/١١/١٦ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٩)، وبأنه "لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرسال حوالة بريدية بقيمة الدين إلى الدائن، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلاً، وعلى المدين إذا ادعى براءة ذمته من الدين إثبات ذلك" (نقض ١٩٦٩/١/٣٠ س٢٠ ص٢٢٣)، وبأنه مفاد نص المادتين ٧٨٦ و ٧٩٢ من قانون المرافعات، انه إذا كان الدين الثابت في ذمة المدين مبلغاً من المال، وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة، فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقوداً دون غيرها، فإذا كان المشتري قد أودع حال المرافعة شيكاً لأمر البائع، واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرئاً لذمة المشتري من الدين، فإنه يكون قد خالف القانون، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء، إلا أن الالتزام المترتب في ذمة الساحب لا ينقضي بمجرد سحب الشيك، بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد" (نقض ١٩٥٧/٦/١٣ س٨ ص٥٧٦)

كما قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الثابت من المذكرة المقدمة من الطاعن لمحكمة الاستئناف بجلسة ١٩٩٩/٨/١٧ أنه تمسك فيها بعدم أحقية المطعون ضدها في مطالبته بقيمة الشيك - الذي دفع بسقوط حق المطعون ضدها فيه وفقاً لحكم المادة ١٩٤ من قانون التجارة - لكونه شيك ضمان سبق أن قدمه للأخيرة بغرض تأكيد الوفاء بالالتزامات الواردة بالعقد المحرر بينهما في ١٩٨٦/١٢/١٠ وهو ما ينطوي على إقرار منه بعدم وفائه بهذا الدين مما لا يجوز له من بعد التمسك بسقوط حق المطعون ضدها في المطالبة بالتقادم الصرفي" (الطعن رقم ٨٩٦ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/٦/٢٦).

جواز الوفاء بالعملة الأجنبية :

التزام المدين بالوفاء بدينه بعملة أجنبية. صحيح قيد وجوب الوفاء به عن طريق أحد المصارف أو الجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي. لا أثر له في صحة التزام المدين.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الالتزام بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية إلا أنه متى أجاز الشارع الوفاء بالالتزام بغيرها من العملات الأجنبية فإن هذا الالتزام لا يلحقه البطلان لما كان ذلك وكان النص في المادة الأولى من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي يدل على أن المشرع أجاز التعامل في النقد الأجنبي سواء كان ذلك في داخل البلاد أو في خارجها، مما مفاده أن التزام المدين بالوفاء بدينه بعملة أجنبية معينة هو التزام صحيح ولئن كان النص قد وضع قيداً على كيفية إبراء المدين لذمته من هذا الدين بأن أوجب الوفاء به عن طريق أحد المصارف أو الجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي إل أن هذا القيد لا أثر له على صحة التزام المدين، ويقع عليه عبء تدبير العملة الأجنبية والحصول عليها من إحدى تلك الجهات للوفاء بالتزامه" (الطعن رقم ٢٥٤٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١/٣، الطعن رقم ٥١٧٦ و ٥٨٩٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٧/٨، نقض ١٩٩١/٥/١٣ س٤٢ ص١١٠٣، نقض ١٩٨٩/٩/٢٥ س٤٠ ص٨٢٩)، وبأنه "النقص في المادة السادسة من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم التعامل بالنقد الأجنبي في فقرتها الأولى على أن "للمصارف المعتمدة القيام بأية عملية من عمليات النقد الأجنبي بما في ذلك قبول الودائع والتعامل والتحويل للداخل والخارج والتشغيل والتغطية فيما تحوزه من أرصدة بالنقد الأجنبي وذلك مع مراعاة أحكام المادتين ٣، ٤، والنص في المادة الأولى من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٥ في شأن الاستيراد والتصدير على أن "يكون استيراد احتياجات البلاد السلعية عن طريق القطاعين العام والخاص، وذلك وفق أحكام الخطة العامة للدولة وفي حدود الموازنة النقدية السارية... ويصدر وزير التجارة قراراً بتحديد الإجراءات والقواعد التي تنظم عمليات الاستيراد.." وقررت المادة الأولى من القرار الوزاري رقم ١٥ لسنة ١٩٨٠ - الصادر من نائب رئيس الوزراء للشئون المالية - المنطبق على واقعة الدعوى - على أن "للقطاع الخاص الاستيراد من الخارج بقصد الإتجار أو التصنيع عن طريق مصارف القطاع العام التجارية الأربعة، أو أحد المصارف التجارية المعتمدة التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الاقتصاد وبالشروط التالية: ١- ... ٢- ... ٣- ... ٤- على المستورد سداد قيمة السلعة المطلوب استيرادها بالعملات الحرة للمصرف الذي سيتولى فتح الاعتماد على النحو التالي:..." مما مفاده أن استيراد السلع عن طريق القطاع الخاص في ظل أحكام القانونين رقمي ١١٨ لسنة ١٩٧٥، ٩٧ق لسنة ١٩٧٦ والقرار الوزاري رقم ١٥ لسنة ١٩٨ تلزم المستورد بسداد القيمة بالعملات الحرة للمصرف فاتح الاعتماد فيقع عليه عبء تدبير العملة من النقد الأجنبي، ولا تثريب عليه في سبيل ذلك إن اتفق مع البنك فاتح الاعتماد على تغذية حسابه الحر بالعملة الحرة المطلوبة مقابل عملة محلية من موارده الخاصة وعن طريق عملياته المصرفية. لما كان ذلك

وكان الحكم المطعون فيه قد خلص بأسباب سائغة إلى أن الاعتمادين المستنديين قد تم سداد قيمتهما بالعملة الحرة التي دبرها البنك الطاعن لحساب المطعون ضدهما مقابل قيمتها بالجنيه المصري عن طريق عملياته المصرفية فإن النعي يكون على غير أساس" (الطعن رقم ١٠١٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٦، الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧، رقم ١٦٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧).

المجادلة في الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع :

فقد قضت محكمة النقض بأن "المجادلة في الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وله أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة في تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة غير التي أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها، ومما لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض" (الطعن رقم ٧٠٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢٩).

شروط صحة الوفاء :

يشترط لصحة الوفاء سواء كان الموفي هو المدين أو الغير توافر شرطين هما:

(الشرط الأول) أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي أوفى به: لما كان الوفاء بالالتزام لا يتم إلا بنقل ملكية محل الالتزام للدائن فإنه يلزم لصحة الوفاء أن يكون الموفي سواء كان المدين أو غيره مالكاً للشيء الذي وفى به. أما إذا كان الموفي غير مالكاً للشيء الموفى به، فيرى البعض أن الوفاء في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً رجع لاستحالة محل العمل القانوني. وبيان ذلك أن الوفاء بالتزام بإعطاء شيء إنما يقصد به نقل ملكية ذلك الشيء من الموفي إلى الموفى له، فإذا كان الموفي غير مالك استحال عليه أن ينقل إلى الموفى له ما لا ميلك، وانعدم بذلك أحد شروط انعقاد العمل القانوني. مما يجيز لكل من الموفي والدائن والمالك التمسك به. (سليمان مرقص ص٤٣٥ - عبد المنعم الصدة ص٩٥)

ولكننا نرى مع فريق آخر أن الوفاء في هذه الحالة يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن وحده فلا يجوز للموفي التمسك به. ويبقى الوفاء قابلاً للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء. كما لو كان منقولاً وتوافرت شروط تملكه بالحيازة أو كان عقاراً وتوافرت لدى الدائن شروط تملكه بالمدة القصيرة، وله مطالبة المدين بوفاء جديد ولا يستطيع الأخير دفع ذلك حتى يتوافر شروط التملك لدى الدائن، فليس للمدين أن يجبر الدائن على التمسك بما توافر لديه من أسباب التملك، إذ يلزم للتملك بالحيازة أو بالتقادم أن يتمسك الدائن بذلك، وقد يأباه ضميره، وللدائن أن يرد الشيء على صاحبه وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذا وقع الوفاء الأول باطلاً كما رأيناً. ولما كان هذا الوفاء لا يسري في حق المالك الحقيقي للشيء الموفى به، فإن لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشيء إلى الدائن كما قدمنا، فبقى الشيء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشيء بالحيازة أو بالتقادم. وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه، قياساً على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي، فتنتقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الإجازة، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضي به الدين. (السنهوري ص٥٢٤)

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً، ولكن مادام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سارٍ في حقه ولا تنتقل ملكية الشيء إليه، فيبقى الدين دون وفاء. بل إن للمدين، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه، أن يطلب استرداد الشيء ليرده على صاحبه، ولكن بشرط أن يوفي الدائن شيئاً معادلاً له تماماً قبل أن يسترده. ويضطرب الفقه في تكييف هذه الدعوى التي يسترد بها المدين الشيء من الدائن فهي ليست بدعوى استحقاق، لأن المدين ليس مالكاً للشيء. وهي ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلم الشيء من المدين كان دائناً له فعلاً. وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتمسك ببطلان الوفاء كما يتمسك به الدائن نفسه

ولكن الوفاء إنما هو قابل للإبطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين، فالذي يتمسك ببطلانه هو الدائن هو المدين. وذهب بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة، تقوم على أساس مصلحة المدين في وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولاً عن رد الشيء إلى صاحبه، وهو يتعجل استرداد الشيء حتى يتمكن من رده (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥ ص٥٥٣)

هلاك الشيء الموفى به في يد الدائن :

إذا كان الدائن قد استهلكه، وهو وقت تسلمه له ووقت استهلاكه إياه كان حسن النية، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى. أما المالك الحقيقي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد موجوداً، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصدر منه أي خطأ. وإنما يرجع على المالك على المدين، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيء النية، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية. لكن إذا هلك الشيء في يد الدائن بسبب أجنبي، فإن هلاكه في هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء. فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى، ولا يكون مسئولاً عن رد الشيء الذي تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي. ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيء النية. وغني عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية، وقبل أن يتسلم الشيء الموفى به، أن هذا الشيء ليس بملك الموفي، فإن له أن يمتنع عن أخذه، ولا يستطيع الموفي أن يجبره على تسلمه. (السنهوري ص٥٢٥)

(والشرط الثاني) أهلية الموفي للتصرف في الشيء الموفى به: يجب أن تتوافر في الموفي أهلية التصرف في الشيء الموفى به وأهلية التصرف تقتضي بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفي محجوراً عليه فإن لم تتوافر له هذه الأهلية كان الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته وحده دون الدائن. ومع ذلك فإنه إذا كان وفاء ناقص الأهلية قد تم بالشيء المستحق فعلاً يمتنع عليه التمسك بإبطال الوفاء مادام هو لم يلحق به ضرراً وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدني إذ تقول: "ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي". ولما كان الدائن لا يستطيع التمسك بالبطلان في حالة نقص الأهلية، فتقع عليه تبعة هلاك الشيء متى وقع بسبب أجنبي، لكن يظل للموفي ناقص الأهلية طلب الإبطال حتى لو كان الدائن قد تصرف في الشيء أو استهلكه بحسن نية، فيكون له المطالبة بتعويض ثم يوفى دينه. (أنور طلبة ص٢٥١)

الأصل أن يكون الوفاء للدائن :

الأصل أن يكون الوفاء للدائن لأنه هو الذي له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه، وليس من الضروري أن يكون الدائن هو الذي كان دائناً وقت نشوء الدين، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين، ذلك أن الدائن قد يتغير في الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه، كأن يموت الدائن الأصلي فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء، أو يحول الدائن الأصلي حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الآخر إذ هو الدائن وقت الاستيفاء، فالوفاء إذن أن يكون للدائن أو خلفه، عاماً كان ذا الخلف كالورثة، أو خاصاً كالمحال له. (السنهوري ص٥٧٥)

وكما يجوز الوفاء للدائن شخصياً، يجوز الوفاء لنائبه كالولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب وذلك دون حاجة لإذن المحكمة باعتبار أن قبض الحقوق من أعمال الإدارة فلا يلزم لها إذن المحكمة. وللسنديك قبض حقوق المفلس، وللحارس القضائي قبل حقوق الموضوع تحت الحراسة، وإذا وكل محضر في تنفيذ حكم أو سند رسمي مذيل بالصيغة التنفيذية أو سلم سنداً إذنياً أو كمبيالة لعمل بروتستو، تتضمن ذلك توكيلاً للمحضر في قبض الدين الوارد بهذه الأوراق، ويكون الوفاء له مبرئ لذمة المدين، وقد يودع المدين قيمة الدين بالحساب الجاري للدائن بأحد البنوك، فيعد ذلك وفاء مبرئاً لذمة المدين بشرط أن يكون الإيداع قد تم بهذا الحساب ويتحمل المدين خطأ البنك إن لم يودع أو أودع بحساب شخص آخر غير الدائن. وللوكيل قبض الدين، فإن كانت وكالته عامة كان له قبض الديون باعتبار ذلك من أعمال الإدارة، أما إن كانت وكاله خاصة ببيع أو إيجار، فلا تنصرف إلى قبض الثمن أو الأجرة – ولكنها تتضمن عادة وتبعاً للظروف وكالة في قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة – ويجب على الموفي أن يطلع على سند الوكالة للوقوف على ما إذا كانت تجيز القبض أم لا، ويكفي وجود مخالصة صادرة من الدائن كدليل على الوكالة، ويعد البواب وكيلاً في قبض الأجرة عند تقديمه إيصال الأجرة، فإن أنهى المالك خدمة البواب دون إخطار للسكان، ظل البواب وكيلاً ظاهراً يكون الوفاء له بموجب إيصال منسوب للمالك مبرئاً للذمة. ويلتزم الوكيل بتقديم كشف حساب للموكل. (أنور طلبة ص٢٧٤) هذا وللدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة في الوكالة، ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن في العقد المنشئ للدين، فلا يجوز عزل الوكيل في هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن، ما لم يثبت الدائن إلا مصلحة للمدين في الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفي الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول، وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة في الوكالة، كأن يكون دائناً للدائن ويرمي من وراء قبض الدين أن يستوفي حقه، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن. (السنهوري ص٥٧٩)

أهلية الدائن للاستيفاء :

يشترط لصحة الوفاء أن تتوافر لدى الدائن أهلية استيفاء الدين. فإذا كان ناقص الأهلية، وقع الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته، فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أجازه الدائن بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين. ومع ذلك إذا أصاب الدائن منفعة منه، كان الوفاء صحيحاً، أو في عبارة دقيقة مبرئاً لذمة المدين بقدر هذه المنفعة تطبيقاً لمبادئ الإثراء بلا سبب. (محمود جمال الدين زكي ص٢٣٠)

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع، وكان يجري على الوجه الآتي: "إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين، فلا يصح الوفاء له، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين، على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة" وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: "يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء في الدائن، فإذا لم تتوافر في الدائن هذه الأهلية، وقع الوفاء له قابلاً للبطلان، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان، ولا تبرأ ذمة المدين ، ولا تبرأ ذمة المدين في هذه الحالة إلا في حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء، على أن للدائن أن يجيز الوفاء في هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً، لاستيفاء الدين، فيصحح بهذه الإجازة" وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة "لأنها حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة". (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص١٩٢)

والموفي هو المكلف بإثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء، ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق، لأن حصول المنفعة واقعة مادية، ويكفي في ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه في الشؤون المعتادة، كأن قام بإصلاحات ضرورية أو نافعة في عقار يملكه، كما يكفي أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالاً نافعاً، كأن اشترى عيناً فتبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمة العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر، وليس من الضروري أن يبقى النفع الذي عاد على الدائن قائماً، مادام النفع قد حصل فعلاً للدائن، فإذا هلكت العين التي اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التي أجراها، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك. فإذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه في غير ما يفيد فإن هذا الوفاء لا يبرئ ذمة المدين، لأن الوفاء وقد حصل لناقص الأهلية يكون قابلاً للإبطال، فإذا أبطل اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقي الدين في ذمة المدين، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه. (السنهوري ص٥٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت من إنذار الطاعن المؤرخ / / بعرض أجرة عين النزاع عن المدة من / / إلى / / أنه وجه للمطعون ضده مجرداً من صفته كولي طبيعي على أولاده القصر – ملاك العقار – الكائن به عين النزاع- المؤجرين – إلا أنه ورد بموضع آخر من ذات ورقة الإنذار ما يفيد توافر هذه الصفة إذ دون به أن القصر (.... ، ....، ....) اشتروا العقار الكائن به العين المؤجرة للطاعن بولاية والدهم المطعون ضده، وفي ذلك ما يكفي لبيان صفة الأخير في عرض الأجرة وقبولها نيابة عن أولاده القصر، ولما كان قبول عرض الأجرة يعتبر من التصرفات القانونية التي يجوز للولي الطبيعي مباشرتها نيابة عن أولاده القصر إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال ومن ثم فإن إنذار عرض الأجرة المؤرخ / / يكون قد وجه إلى صاحب صفة مستوفياً شروطه القانونية ومبرئاً لذمة الطاعن من دين الأجرة عن المدة من / / إلى / / ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بالإخلاء على سند من أن إنذار عرض الأجرة وجه إلى شخص المطعون ضده وليس إليه بصفته ولياً طبيعياً على أولاده القصر فلا يبرئ ذمة الطاعن من دين الأجرة المستحق عليه مما يوجب نقضه" (الطعن رقم ١٣٧٢ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٨).

الاتفاق على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً :

رأينا أن المادة ٣٣٢ مدني سالفة الذكر قد قضت بأن الوفاء يكون للدائن أو لنائبه ما لم يتفق على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً. فإن اشترط الدائن أن يكون الوفاء له شخصياً تعين التزام المدين بذلك ومع ذلك يكون الوفاء صحيحاً إذ تقدم الوكيل بمخالصة صادرة من الدائن واستوثق المدين من هذه الوكالة.

الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه :

الأصل أن الوفاء لا يكون صحيحا إلا إذا تم للدائن أو لمن ينوب عنه علي نحو ما أوضحناه بالمادة السابقة. فإذا تم لشخص غير الدائن أو نائبه لا يكون نافذا في حق الدائن ولا تبرأ به ذمة المدين. غير أن المشرع استثني من هذا الأصل ثلاث حالات يكون فيها الوفاء لغير الدائن أو نائبه مبرئا لذمة المدين. وهذه الحالات هي:

(الحالة الأولي) إقرار الدائن بالوفاء: تنص المادة ٣٣٣ مدني علي أنه "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء......" وعلي ذلك فإقرار الدائن للوفاء الحاصل لغيره يجعل الوفاء صحيحا ومبرئا لذمة المدين. وإقرار الدائن للوفاء في هذه الحالة له أثر رجعي، فيعتبر الوفاء صحيحا من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب، والمكلف بإثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموفي، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقا لقواعد الإثبات المقررة في التصرفات الصادرة من جانب واحد (السنهوري ص٥٨١).

وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر-وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض-أنه إذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبه تبرأ ذمة المدين إذا أقر الدائن هذا الوفاء ويكون من أثر هذا الوفاء-علي ما تنص به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية أن ينقلب الغير وكيلا بعد أن كان فضوليا" (الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٤٧ق س٣٣ ص٨٥٤ جلسة ١٩٨٢/٦/٣٠)، وبأنه "إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا-علي ما تقضي به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية-إلا أن هذه الوكالة قاصرة علي هذا الوفاء الذي أقره الدائن فلا تتعداه إلي ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفي به هو كل الباقي المستحق للدائن، لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفي به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء. كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولي، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل" (الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)، وبأنه "الأصل أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون نافذا في حق الدائن ولا ينقضي به الدين أو تبرأ به ذمة المدين ما لم ينص القانون علي غير ذلك، ولما كان البين من نص البند الخامس من عقد البيع موضوع الدعوى أنه بناء علي عقد القسمة المبرم بين المورثين البائعين بتاريخ ١٩٦٢/٢/١٤ التزم المشتري بالوفاء بالثمن الكامل إلي البائع..، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده الثاني أودع باقي الثمن علي ذمة ورثة البائعين جميعا وأنه ذلك محل اعتراض ورثة.. باعتبارهم أصحاب الحق وحدهم، في اقتضاء باقي الثمن طبقا لاتفاق المتبايعين، وهو ما لا تبرأ به ذمة المدين من كامل المبلغ المعروض، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه علي ما ذهب إليه من القول بأن "البائعين كانا متضامنين في التزامهما قبل المشتري باعتبار أن كل منهما يملك نصف العقار المبيع وأن لا عبرة بعقد القسمة غير المسجل إلا بين المتعاقدين" فإنه يكون قد خالف اتفاق الطرفين وبذلك خالف القانون" (الطعن رقم ٨٤٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٨)، وبأنه "وفاء المدين لغير الدائن، وعلي ما نصت عليه المادة ٣٣٣ من القانون المدين يعتبر مبرئا لذمة المدين، إذا أقر الدائن هذا الوفاء، وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة-أن التصرف الذي يبرمه الوكيل يكون حجة علي الأصيل وينصرف أثره إليه باعتباره ممثلا في التصرف الذي أبرمه الوكيل لحسابه طالما أن التصرف يدخل في نطاق الوكالة-ومن ثم-فإن وفاء المدين لغير الدائن يبرئ ذمة المدين إن أجاز وكيل الدائن هذا الوفاء وكانت إجازته تدخل في حدود الوكالة" (الطعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)، وبأنه "مفاد نص المادتين ٣٣٢، ٣٣٣ من القانون المدني أن الأصل في الوفاء حتى يكون مبرئا لذمة المدين أن يكون للدائن أو نائبه أما الوفاء لشخص غير هذين فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن الوفاء له، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد بني قضاءه ببراءة ذمة المطعون ضده الأول من باقي الثمن علي أن وكيل الشركة الطاعنة بموجب العقد تسلم المبلغ المعروض بموجب إنذار العرض المعلن لمركزها في....-ودون تحفظ منه-أشير فيه إلي دفعات سداد الثمن للشركة الطاعنة ولورثة المرحومة.. وأن الباقي هو مبلغ.. فإنه يحق للمحكمة أن تعتبر عدم منازعة وكيل الشركة الطاعنة بما أوفي به المطعون ضده الأول لغيرها بمثابة التسليم والإقرار الضمني بهذا الوفاء" (الطعن رقم ١١٩٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧)، وبأنه "حيث إن النعي في غير محله، ذلك أن النص في المادة ٣٣٣ من القانون المدني علي أنه "إذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته" يدل علي ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني علي أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يستتبع براءة ذمة المدين إلا استثناء في الحالات الثلاث التي بينتها المادة سالفة الذكر

إذ الأصل أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا ينفذ في حق الدائن ولا ينقضي به الدين أو تبرأ به ذمة المدين. لما كان ذلك وكانت أوراق الدعوى خلوا مما يفيد صدور وكالة من المطعون ضدها-لـ....-بقبض باقي الثمن المستحق لها عن عقد البيع المؤرخ ١٩٨٩/١٠/١١، كما أنها لم تقر الوفاء المقول بأنه تم له ولا يوجد في أوراق الدعوى ما يفيد أنه قد عادت عليها منفعة من هذا الوفاء، بل أنها تنازع منذ فجر النزاع في صفته التي أضفاها علي نفسه في نيابته عنها في هذا الوفاء سواء في صحيفة الجنحة المباشرة رقم... لسنة ١٩٩٢ الوايلي التي تتهمه فيها بتزوير توكيل عنها في قبضة باقي الثمن وكذلك في الإنذار الموجه إليه منها للمطالبة بنصيبها في باقي ثمن المبيع الذي استولي عليه بالوكالة مصطنعة، يضاف إلي ذلك طعنها بالتزوير علي الإقرار الصادر منه المؤرخ ١٩٩٢/١/١٥ بقبضه باقي الثمن بصفته وكيلا عنها والمقدم في الدعوى ١٤١٧ لسنة ١٩٩٢ مدني شمال القاهرة الابتدائية وتنازل الطاعنون عن التمسك به بعد ذلك كما وأن الحكم الصادر في الجنحة سالفة الذكر لم يتعرض في أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا لمسألة وفاء الطاعنون بباقي ثمن المبيع ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلي عدم وجود دليل مقنع في الأوراق علي سداد كامل الثمن للبائعة-المطعون ضدها-وانتهي به ذلك صحيحا إلي رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف بفسخ عقد البيع موضوع النزاع لما قام عليه من أسباب فإن النعي عليه بسببي الطعن يكون علي غير أساس" (الطعن رقم ١٦٧٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠).

(الحالة الثانية) إذا عادت علي الدائن منفعة من الوفاء: إذا عادت علي المدين منفعة من الوفاء ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين أو الموفي بقدر ما عاد علي الدائن من منفعة ويمكن تصور منفعة تعود علي الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفي له أدي الدين فعلا للدائن، فينقلب الوفاء صحيحا ويبرئ ذمة المدين، كذلك لو كان الموفي له دائنا للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن، وكان هذا الحق واجب الوفاء فورا ومقدما علي غيره من ديون الدائن، أو أدي الموفي له بما استوفاه دينا علي الدائن تتوافر فيه هذه الشروط، فهنا عادت منفعة علي الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين في ذمته واجب السداد فورا، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة، ذلك أن الدائن إذا رجع علي المدين بالدين، فإن المدين يرجع علي الموفي له، والموفي له يرجع علي الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع، ويكون الوفاء في هذه الحالة صحيحا مبرئا لذمة المدين بقدر ما عاد علي الدائن من المنفعة (السنهوري ص٥٨١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث أن هذا النعي سديد، ذلك بأن مؤدى نص المادة ٣٣٣ من القانون المدني، أن الوفاء المبرئ لذمة المدين لا يصح إلا إذا كان للدائن صاحب الحق أو نائبه، فإذا أوفى بالدين لغيرهما فلا تبرأ ذمة منه إلا إذا أقر الدائن بهذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك بأن المطعون ضدها قد أفادت من هذا الوفاء الذي تم لمصلحة الضرائب العقارية، وكان المقرر قانوناً أن الأجرة التي يتعين على المستأجر الوفاء بها كي يتفادى رفع الدعوى عليه بالإخلاء، هي تلك المستحقة فعلاً في ذمته حتى تاريخ تكليفه بالوفاء فإذا ما قام المستأجر بسداد هذه الأجرة خلال الأجل المضروب فإنه يتعين على المؤجر وقد بلغ مأربه أن يقف عند هذا الحد دون المضي في سلوك سبل التقاضي في شأنها وإلا لزمته نفقاته، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها كلفت الطاعن بتاريخ ١٩٩٣/٩/١١ بالوفاء بالأجر عن الفترة من ١٩٩٢/٧/١ حتى ١٩٩٣/١٠/٣١ وجملتها ٥٣ جنيهاً و ٥٥٠ مليما، فعرض عليها مبلغ ٤١ جنيهاً و٢٨٠ مليماً بموجب إنذار عرض معلن إليها في ١٩٩٣/٩/٢٥ أودعه خزينة المحكمة بتاريخ ١٩٩٣/٩/٢٦ وأخطرها بذلك الإيداع وأشار في إنذار العرض أنه سبق أن سدد مبلغ ١٢ جنيهاً و٢٧٠ مليماً إلى مصلحة الضرائب العقارية قيمة الضرائب المستحقة بموجب الإيصال رقم ٢٧٢٥ بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٢

ورغم ذلك مضت المطعون ضدها إلى رفع دعوى الإخلاء، ولم يعتد الحكم المطعون فيه بالسداد الحاصل من الطاعن إلى مصلحة الضرائب العقارية على سند من القول أن الطاعن أجرى مقاصة بين دين الأجرة والدين المستحق لتلك الجهة دون الرجوع إلى المطعون ضدها أو اتفاقهما على إجراء تلك المقاصة، ودون أن يتحقق مما إذا كان المطعون ضدها قد أفادت من هذا الوفاء من عدمه، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وجره ذلك إلى القصور في التسبيب، بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن" (الطعن رقم ٦٦٤١ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٣).

(الحالة الثالثة) الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته:والمقصود هنا بشخص كان الدين في حيازته هو الدائن الظاهر وهو من يظهر أمام الكافة بمظهر صاحب الحق ولو لم يكن بيده سند الدين، فيكفي أن يكون حائزاً للحق على نحو يؤدي إلى توافر المظهر الخادع الذي يعتقد معه الموفي أن هذا الدائن هو الدائن الحقيقي وليس دائناً ظاهراً، ويشترط لصحة الوفاء في هذه الحالة أن يكون الحق حيازة الدائن الظاهر كالوارث الظاهر الذي يحوز التركة ويظهر أمام الكافة بأنه الوارث الحقيقي لم يتبين بعد الوفاء أنه غير وارث، وأيضاً الموصى له الظاهر الذي أبطلت وصيته بعد أن حاز الموصى به، والمحال له إذا أبطلت الحوالة أو فسخت فإنه لا يكون مالكاً للحق الذي كان يحوزه وفقاً للأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ ومن ثم فهو دائن ظاهر يكون وفاء المحال عليه له صحيحاً مادام كان حسن النية وقت الوفاء وحتى لو كان المحال له لم يتخذ إجراءات نفاذ الحوالة في حق المدين، كما يعتبر دائناً ظاهراً المحال له بحوالة صورية، أما إن كانت الحوالة مزورة فلا يعد حائزها دائناً ظاهراً لعدم وجود تقصير من الدائن وهو ما ينهض في الإسهام في وجود الدائن الظاهر وحائز السند لحامله الذي ليس له الحق فيه يعتبر دائناً ظاهراً وكذلك حائز العقار المنزوع ملكيته يعتبر دائناً ظاهراً تبرأ ذمة الإدارة إذا ما دفعت له التعويض المستحق بينما هو غير مالك له. (أنور طلبة ص٢٧٦)

ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون الموفي حسن النية معتقداً أنه يوفي للدائن الحقيقي. وليس من الضروري أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية، أي يعتقد أن الدائن الحقيقي، وإذا كان يغلب فعلاً أن يكون حسن النية، إلا أنه يبقى دائناً ظاهراً حتى لو أصبح سيء النية بعد أن كشف حقيقة أمره، بل حتى لو كان سيء النية منذ البداية أي منذ وضع يده على الدين، ذلك أن القانون لا يحمي الدائن الظاهر نفسه، بل هو يحمي الذين تعاملوا معه ماداموا معه حسني النية. (السنهوري ص٥٨٣) وعلى ذلك يكون وفاء الموفي للدائن الظاهر صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين متى كان هذا الموفي حسن النية يعتقد أنه يوفي للدائن الحقيقي. ويكون للدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر حسن النية بدعوى الإثراء بلا سبب بل له الرجوع كذلك بالتعويض إن كان سيء النية وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقصود بالدائن الظاهر هو من يظهر أمام الجميع بمظهر صاحب الحق، ولا يشترط فيه أن يكون حائزاً لسند الدين فعلاً وإن كانت حيازته له تكون عنصراً من العناصر التي يستند إليها المظهر الخادع للدائن الظاهر، ومن ثم فلا يكفي في اعتبار المطعون عليه دائناً ظاهراً مجرد كونه محكوماً له مع باقي الورثة بالدين المنفذ له وليس اتصافه في إجراءات التنفيذ بصفة الوصي أو الوكيل ما يتوافر به له مركز قانوني يجعله في حكم الدائن الظاهر بالنسبة لحصة من ادعى الوصاية أو الوكالة عليهم في الدين الذي أداه له الطاعن" (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ السنة ١٤ ص٧٥٩)، وبأنه "مناط صحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون المدين حسن النية أي معتقداً أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي" (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ السنة ١٤ ص٧٥٩)

وبأنه تنص المادة ١٠٧ من القانون المدني على أنه "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه – حقاً كان أو التزاماً – يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" ومفاد ذلك أن القانون لا يحمي الغير الذي تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معاً يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقي الدائنين ببلوغهم سن الرشد فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التي أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتي تتمثل في انصراف أثر العقد إلى الأصيل، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلاً ظاهراً مبرئاً لذمته" (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ السنة ١٤ ص٧٥٩)، وبأنه "متى كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ اعتمد الوفاء الحاصل من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليه الثاني قد قرر أن الخطاب الذي يعتمد عليه الطاعن في إثبات علم المطعون عليه الأول بملكيته للبصل المبيع صريح في أن المطعون عليه الأول يعلم من بواليص الشحن المرسلة إليه باسم المطعون عليه الثاني أن هذا البصل مملوك لشاحنه ولما لم يفده الطاعن عما يجب إتباعه في شأن تخزين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثاني على اعتبار أنه المالك الظاهر له ثم أخذ عليه وصولاً بقبض الثمن، وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثاني ليست حجة على المطعون عليه الأول لأنها ليست صادرة منه ولا توقيع له عليها، فإن هذا الذي قرره الحكم هو استخلاص موضوعي سائغ يكفي لحمله ولا مخالفة فيه لقانون ولا يشوبه قصور" (الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٣/٣/٥)، وبأنه "المراد بحسن النية في الدفع المبرئ للذمة هو اعتقاد من وجب عليه الحق في وقت أدائه أنه يؤديه إلى صاحبه سواء أكان هذا الاعتقاد مطابقاً للواقع ونفس الأمر أم غير مطابق" (١٩٣٤/٦/١٤ – مجموعة القواعد القانونية في الـ٢٥ عام بند ١٢٥ ص٢٧٨)، وبأنه "من صدر عليه حكم نهائي قاض بدفع ثمن عقار إلى شخص معين وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له، فقد برئت ذمته لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم ولا يمكن الإدعاء ببطلان هذا الوفاء لانتفاء حسن نيته فيه بعلة وجود منازع آخر ينازع في هذا العقار ويدعي ملكه لنفسه خصوصاً وأن هذا المنازع كان قد حاول الدخول في الدعوى فمنعته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائي" (١٩٣٤/٦/١٤ – مجموعة القواعد القانونية في الـ٢٥ عام بند ١٧٦ ص٢٧٨)

محـــــل الوفــــــاء :

وجوب الوفاء بالشئ المستحق أصلا :

تنص المادة ٣٤١ مدني على أن"الشئ المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء؛فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره؛ولو كان هذا الشئ مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى" .

فيتبين من نص هذه المادة أنه يجب أن يقع الوفاء علي الشئ المستحق أصلا سواء أكان الالتزام به التزاما بنقل حق عيني أم التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل. فلا يجبر الدائن علي قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلي. إلا إذا قبل الدائن ذلك، أو يكون متضمنا في رفضه هذا القبول. فإذا كان الشئ المستحق هو شئ معين بالذات، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين، فالوفاء يكون بهذا الشئ بالذات لا بغيره، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه، ولا يجبر الدائن علي قبول غير الشئ المستحق، ولو كان أزيد في القيمة، كما لا يجبر المدين علي الوفاء بغير الشئ المستحق، ولو كان أقل في القيمة، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا.

ويجب تسليم الشئ المعين بالذات المستحق أصلا في الحالة التي هو عليها وقت التسليم، فإذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو في يد المدين قبل تسليمه إلي الدائن، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي فإن تبعة ذلك تقع علي الدائن أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين، فإن الدائن يرجع بالتعويض علي المدين، وليس في هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة (السنهوري ص٦١٠)

أما إذا كان محل الوفاء، شيئا معينا بنوعه، كسيارة محددة الماركة والموديل، أو كمية من محصول معين، فول أو قمح أو غيره، ولم يتضمن العقد درجة الجودة، صح الوفاء بهذا الشئ بدرجة جودة متوسطة، فليس للمدين أن يوفي بشئ يقل عن تلك الجودة وإلا كان الوفاء باطلا، وليس للدائن أن يتطلب في الشئ جودة تجاوز الدرجة المتوسطة م١٣٣ (أنور طلبه ص٣٣٠)

وإذا كان الشئ المستحق علي المدين نقودا وجب الوفاء به نقدا، ولا يجبر الدائن علي قبول شئ آخر عوضا عن النقود ولو زادت قيمته عنها. فلا يجبر الدائن أيضا علي قبول شيك بالمبلغ المستحق أو إرسال حوالة بريدية إليه بالمبلغ، ولا يترتب علي ذلك براءة ذمة المدين، إذ أن براءة الذمة في هاتين الصورتين لا تكون إلا بصرف قيمة الشيك أو الحوالة . (محمد علي عمران ص٢٣٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة ساحبه إذ أن الالتزام المترتب في ذمته لا ينقض إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد" (الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ق السنة ٣٥ ص٩٩٥ جلسة ١٩٨٤/٤/١٦، الطعن ٤٩٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٦٩٨ جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٠٢٨ جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)، وبأنه "لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرساله حوالة بريدية بقيمة الدين إلي الدائن، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلا، وعلي المدين إذ ادعي براءة ذمته من الدين إثبات ذلك" (الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص٢٢٣ جلسة ١٩٦٩/١/٣٠، الطعن رقم ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ق س٣٨ ع١ ص٣٧٢ جلسة ١٩٨٧/٣/١٢)، وإذا كان محل الوفاء عملا يتطلب للوفاء به بذل عناية أو تحقيق غاية، فلا يتم الوفاء إلا إذا بذلت تلك العناية في بعض الالتزامات أو تحققت هذه الغاية في الالتزامات أخرى. وإذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل، وأتاه المدين، أصبح تنفيذه مستحيلا، ولا يبقي للدائن سوى التعويض

وجوب الوفاء بكل الشئ المستحق :

لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشئ المستحق، وجب تبعا لذلك أن يكون بكل الشئ المستحق. فلا يصح، من جهة أن يجبر المدين الدائن علي أن يقبل استيفاء جزء من الدين، إذا كان كل الدين حالا واجب الأداء، ولا يصح من جهة أخرى أن يجبر الدائن المدين علي الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر في ذمته، كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلا للتجزئة فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة. وغني عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا علي الدين الواحد، فإذا تعددت الديون وحلت جميعها فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أي من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به، بدعوى أن المدين لا يفي بالديون جميعا فهو يجزئ الوفاء، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد. وعلي الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين، ثم يجبر المدين بعد ذلك علي الوفاء بالديون التي لم يف بها. وقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ليست متعلقة بالنظام العام حيث جاء بعجز الفقرة الأولي من المادة عبارة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. وعلي ذلك يجوز الاتفاق علي تجزئة الوفاء، صراحة أو ضمنا، يستوي أن يتم الاتفاق وقت نشأة الدين، أو وقت الوفاء ولا يجوز للمحكمة أن تتصدي لعدم جواز الوفاء الجزئي من تلقاء نفسها، ويعتبر البيع بالتقسيط ديونا متعددة بعدد الأقساط. وقد تتحقق التجزئة بحكم القانون كما في المقاصة م٣٦٥ وفي الكفالة م٧٩٢ وفي نظرة الميسرة م٣٤٦ وفي تجزئة مبلغ الدين علي ورثة الدائن إذ يكون لكل وارث أن يطالب بحصته في الدين . (أنور طلبه ص٣٣٣).

التنازع في مقدار الدين :

أوضحنا فيما تقدم أنه متى أصبح الدين مستحق الأداء، تعين علي المدين الوفاء به كاملا، إذا ليس له أن يجبر الدائن علي قبول وفاء جزئي وكذلك الحال بالنسبة للدائن إذ ليس له أن يجبر المدين علي أن يوفي له جزء من الدين، حتى لو كان الدين قابلا للانقسام بطبيعته، لكن أن كان الدين متنازعا في مقداره، بأن اعتبره الدائن ألفان بينما اعتبره المدين ألف، فإن المدين يلتزم بالوفاء الألف جنيه إذا طلب الدائن ذلك، إذ ليس للمدين أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء المعترف به بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملا (أنور طلبه ص٣٣٢)، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ سالفة الذكر بقولها: "فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء".

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدني تنص علي أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من المدين إذا قبل الدائن استيفاءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذات القانون تخوله إذا وفي الدين كله المطالبة برد سند الدين أو إلغائه، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشئ المستحق إيداعا قضائيا" (الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ق السنة ٢٣ ص٢١١ جلسة ١٩٧٢/٢/٧)، وبأنه "من المقرر وفق نصي المادتين ١/٣٤٢، ٣٤٨ من القانون المدني أنه لا يحق لغير الدائن التمسك بأن العرض ناقص وبأن نفقات الوفاء علي عاتق المدين ولا يجوز للمحكمة أن تتعرض لهذه المسألة من تلقاء ذاتها دون أن يتمسك بها الدائن" (الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥)، وبأنه "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين عرضا علي المطعون ضده أجرة شهري أغسطس وسبتمبر سنة ١٩٩٧ بإنذار عرض معلن للمطعون ضده في ١٩٩٧/٩/٢٧ سجلا فيه عليه رفضه استلام تلك الأجرة وديا رغم سابقة تقاضيه ذات الأجرة عن المدة من ١٩٩٧/٤/١ حتى نهاية يوليو سنة ١٩٩٧ دون معارضة ولم يتمسك المطعون ضده بأن العرض كان ناقصا أو بأن نفقات الوفاء تقع علي عاتقهما فإن الحكم المطعون فيه إذ تعرض لذلك من تلقاء نفسه وقضي برفض الدفع ببطلان التكليف بالوفاء علي سند من أن المطعون ضده لا يلزم بقبول هذا العرض الناقص طالما اتبع طريق إبراء الذمة وفقا لأحكام قانون المرافعات خاصة في حالة عدم ثبوت امتناع المؤجر عن استلام الأجرة وديا كالحالة المطروحة ودون أن يستظهر ما إذا كان المطعون ضده قد نازع في خصم نفقات الوفاء من عدمه خاصة مع تمسك الطاعنين بامتناعه عن استلام الأجرة فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥).

اعتبار الدين وما يلحق به من مصروفات وفوائد كل دين واحد لا يقبل التجزئة:

إذا كان المدين ملزما أن يوفي مع الدين مصروفات وفوائد أصبح الدين وملحقاته كلا لا يقبل التجزئة، ولم يجز للمدين بغير رضاء الدائن أن يوفي بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها، فإن هذا كله يكون وفاء جزئيا لا يجبر الدائن علي قبوله، بل يجب علي المدين، إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعا في وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء (السنهوري ص٦٢٧)

ولكن إذا قام المدين بالوفاء الجزئي، وقبله الدائن، فإن ما تم الوفاء به، يخصم أولا من مصاريف الدين كنفقات محو الرهن الضامن لهذا الدين وما اتفق في سبيل المطالبة بالدين، فإن بقي شئ وجب خصمه من الفوائد المستحقة علي المدين سواء كانت فوائد تأخيرية أو تعويضية، فإن بقي بعد ذلك شئ وجب خصمه من أصل الدين (أنور طلبه ص٣٣٤)

غير أن وهذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ولذلك نصت المادة في عجزها علي أن: "كل هذا ما لم يتفق علي غيره" ومن ثم يجوز للعاقدين الاتفاق علي خلاف ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن "تقضي المادة ٣٤٣ من القانون المدني بأنه إذا كان المدين ملزما بأن يوفي مع المدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات، خصم ما أدي من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق علي غيره. وإذ كان يتضح من تقرير الخبير الحسابي الذي ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التي أضافها الخبير إلي التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذي سدده لهم الطاعن، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق علي كيفية خصم المبالغ المسددة منه للمطعون عليهم، فإن الطاعن يكون قد أدي جميع الفوائد التي استحقت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض، وإذ قضي الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضي بفوائد علي متجمد الفوائد" (الطعنان رقما ٤٧٥، ٤٨٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠).

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون:

إذا كان المدين ملتزما قبل دائن واحد بأكثر من دين من جنس واحد كنقود ووفي مبلغا لا يكفي للوفاء بجميع الديون، كان له الحق في تعيين الدين الذي ينقضي بهذا الوفاء. وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٤ مدني سالفة الذكر بقولها: "إذا تعددت الديون في ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين".

وعلي ذلك فالمدين إذن هو الذي يعين الدين المدفوع عن الوفاء، وكلمته هي العليا في هذا التعيين، ولكن ذلك مقيد أن يكون التعيين حاصلا وقت الدفع، وبألا يكون هناك مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤، ويقوم المانع الاتفاقي إذا كان، عند الدفع، اتفق الدائن والمدين علي أن المدفوع هو دين معين، فلا يملك أي من المدين ولا الدائن بإرادته المنفردة، أن يعين دينا آخر وكذلك يقوم المانع الاتفاقي إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدما بل الوفاء علي ترتيب الديون في الدفع، فيجب حينئذ علي المديون أن يسير في دفع ديونه علي هذا الترتيب، ولا يملك عند الوفاء أن يعين دينا غير الدين الواجب الدفع للترتيب المتفق عليه. أما المانع القانون فيقوم في الأحوال الآتية: (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينا لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن، فإن الدائن لا يجبر في هذه الحالة علي استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل النزول عنه. (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينا أكبر قيمة من المبلغ المدفوع، لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن علي قبول وفاء جزئي، والدائن لا يجبر كما قدمنا علي قبول الوفاء الجزئي. (٣) ولا يجوز أخيرا، إذا كان الدين المدفوع يشتمل علي فوائد ومصروفات، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولا قبل المصروفات والفوائد، فسنري أن الواجب قانونا في هذه الحالة أن يستنزل المبلغ المدفوع أولا من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين . (السنهوري ص٦٢١)

فإن لم يوجد هذا المانع جاز للمدين، وقت الدفع، تعيين الدين سواء كان أقل كلفة أو أشد أو كان التقادم فيه أطول أو مضمون برهن أو كفالة، وله التنازل عن الأجل أن كان لصالحه فيوفي من الدين المؤجل، ويتحمل عبء إثبات التعيين . (أنور طلبه ص٣٣٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تعيين الطاعن-المدين-للدين الذي يريد الوفاء به عملا بنص المادة ٣٤٤ من القانون المدني يقوم علي واقع يتعين طرحه علي محكمة الموضوع لما كان ذلك، فإن هذا الدفاع يكون سببا جديدا لا تقبل آثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" (نقض ١٩٧٦/١/٢٠ س٢٧ ص٢٤٥)

وبأنه الأحكام المبينة بالمادة ١٧٢ مدني قديم بشأن استنزال الدين لا يسري إلا في حالة تعدد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد أما إذا تزاحم دائنون متعددون علي مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلا فالأمر في ذلك لا شأن له بموضوع استنزال الديون وإنما يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء تبعا لاختلاف درجاتهم أو تساوي مراتبهم" (نقض ١٩٣٨/٤/٢٨ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٩)، وبأنه مفاد نص المادة ٣٤٤ من القانون المدني أنه في حالة تعدد الديون من جنس واحد في ذمة المدين لدائن واحد، وأراد المدين أن يوفي بأحد هذه الديون وجب عليه أن يعين وقت السداد للدين الذي يريد الوفاء به" (الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧)، وبأنه "المستفاد من المادتين ٣٤٤، ٣٤٥ من القانون المدني أن تعيين الدين المدفوع إنما يقوم إذا كان علي المدين ديون متعددة لدائن واحد وكانت جميعها من جنس واحد"

تعيين الدين محل الوفاء إذا لم يقم الدائن أو المدين بتعيينه :

أوضحنا بالمادة السابقة أنه إذا تعددت لديون في ذمة المدين الدائن واحد وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا كان للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين. أما إذا لم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به علي النحو المتقدم كان الخصم من حساب الدين الذي حل، فإذا تعددت الديون الحالة ضمن حساب أشدها كلفة علي المدين. حيث تنص المادة ٣٤٥ مدني سالفة الذكر علي أنه "إذا لم يعين الدين علي الوجه المبين في المادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذي حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة علي المدين فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن"، ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل، فيكون الدين المدفوع هو الدين الذي حل أجله لا الدين الذي لم يحل، سواء في ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتها معا، والقانون لا يشترط في تأخير الدين المؤجل أن يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا في حالة ما إذا تولي المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يعين دينا لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن. فإذا تبين عند الدفع وجود أكثر من دين حال، كان الوفاء من حساب أشدها كلفة علي المدين، ومعرفة أي الديون أشد كلفة علي المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض والواضح أن الدين الذي ينتج فائدة هو أشد كلفة علي المدين من الدين الذي لا ينتج فائدة، وبين الديون التي تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأي تأمين آخر، لأن المدين إذا وفي هذا الدين لم يقتصر علي إبراء ذمته نحو الدائن، بل هو مبرئ ذمته في الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين. وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ، كثمن المبيع، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى، كدين قرض غير مضمون بتأمين والدين الذي لا يتقادم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذي يتقادم بمدة قصيرة، والدين الثابت في سند تنفيذي أشد كلفة من الدين الذي ينقصه هذا السند، علي أن تقدير أي الديون هو أشد كلفة علي المدين يرجع فيه إلي ظروف المدين ذاتها، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلي محكمة الموضوع كما تقدم القول.

ويجب لخصم المبلغ المدفوع من الدين الأشد كلفة، ألا يكون هذا الدين يجاوز المبلغ المدفوع إذ لا يجاوز إجبار الدائن علي قبول الوفاء الجزئي، ولكن له الحق في قبوله، فإن كان الدينان يجاوزان المبلغ المدفوع، فلا يجبر الدائن علي قبول هذا الوفاء، ولكن له الحق عند قبوله أن يعين هو الدين الذي يخصم منه هذا الوفاء، ومن ثم يجوز له تعيين الدين الأقل كلفة ليرد عليه هذا الوفاء الجزئي، ولا يكون للمدين الحق في قضاء الدين الأكثر كلفة إلا بالوفاء به كاملا غير منقوص . (أنور طلبه ص٣٣٩).

ولما كان مؤدي المادة ٣٤٢ من القانون المدني أن الدائن لا يجبر علي قبول وفاء جزئي فإن ذلك يدل علي أن المادة ٣٤٥ منه قد افترضت تساوي الديون في مقدارها إذ بموجبها يجبر الدائن علي قبول الوفاء المقدم من المدين إن لم يقبله طوعا، ومن ثم إذا تساوت الديون في الكلفة أو إذا كان المبلغ المدفوع لا يفي بأي منها وفاء كاملا، فلا يجبر الدائن علي قبول هذا الوفاء الجزئي، لكن إذا قبله كان له اختيار الدين الذي يرد عليه هذا الوفاء الجزئي، ولا اختيار للمدين في ذلك لانحصار اختباره في الوفاء الكامل عند تساوي الديون في المقدار . (أنور طلبه ص٣٣٩).

زمـــان ومكـــان الوفـــاء:

أولا: زمــان الوفــاء:

الأصل أن يكون الالتزام واجب الأداء فورا:

الأصل أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين علي وجه بات نهائي، فإنه يكون واجب الأداء فورا، ففي عقد البيع يترتب في ذمة المشتري التزام بدفع الثمن ويترتب في ذمة البائع التزام بتسليم الشئ المبيع، وكلا الالتزامين بترتبه في ذمة الدين يكون واجب الأداء في الحال، ما لم يتفق المتعاقدان علي غير ذلك. ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائيا في ذمة المدين إذا كان معلقا علي شرط واقف، بل يجب انتظار تحقق الشرط، فإذا ما تحقق، فقد أصبح الالتزام نافذا في الحال، ووجب أداؤه فورا، أما الالتزام المعلق علي شرط فاسخ، فهو نافذ في الحال ويجب أداؤه فورا، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الشرط وفي الأجل (السنهوري ص٦٣٠)

غير أنه يستثني من هذا الأصل وجود اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. كأن يتفق المتعاقدان علي أن يكون للوفاء بالالتزام وقتا لاحقا لنشوئه في ذمة المدين، حين يكون الالتزام مضافا إلي أجل واقف. فلا يجب الوفاء به إلا عند حلول الأجل. وقد يحدد في نص خاص وقت معين للوفاء بالالتزام كالمادة ١٠٠٣ مدني التي قضت بأن الأجرة في الحكر تكون مستحقة الدفع في نهاية كل سنة. ومثل آخر للنص في القانون يحدد ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني علي أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، كان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤٪ في المسائل المدين و٥٪ في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون علي غيره"، فميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد، ومن هذا الوقت تترتب الفوائد في ذمة المدين ويجب الوفاء بها فورا يوما بيوم. وقد يكل القانون تحديد وقت الوفاء إلي العرف، كما فعل في تحديد مواعيد دفع الأجرة، فقد نصت الفقرة الأولي من المادة ٥٨٦ مدني علي أنه "يجب علي المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يعنها عرف الجهة" (السنهوري ص٦٣١).

يجوز لقاضي منح المدين أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك (نظرة ميسرة):

الأصل أن يكون الالتزام واجب الأداء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ولكن المشرع أجاز للقاضي في حالات استثنائية أن ينظر المدين إلي أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك. وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني

الشروط الواجب توافرها لمنح نظرة الميسرة، وهذه الشروط هي:

(١) ألا يوجد نص قانوني يمنح إعطاء هذه المهلة أو النظرة: فقد اشترط المادة لمنح القاضي نظرة الميسرة للمدين ألا تكون هناك نصوص قانونية تحول دون إعطاء هذه النظرة ومن النصوص القانونية التي تحول دون منح نظرة الميسرة ما نصت عليه المادة ١٥٨ مدني من أنه "يجوز الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة علي الإعفاء منه. ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء، ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدني من أنه "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخا، دون حاجة إلي إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق علي غيره" فهذا النص يمنع القاضي من منح المشتري نظرة الميسرة إن تأخر في دفع الثمن عند حلول الميعاد، ومثل ذلك أخيرا ما نص عليه التقنين التجاري السابق من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب كمبيالة، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين علي أنه "لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة" ويسري هذا الحكم أيضا علي السندات الإذنية والسندات لحاملها (م١٨٩ تجاري). وتقضي المادة ٥٤٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (والذي ألغي قانون التجارة السابق) بأنه "لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال وفي الحدود التي ينص عليها القانون".

(٢) أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك: فيجب أن تستدعي حالة المدين منحه أجلا أو آجالا للوفاء بالتزامه. بأن تكون حسن النية عاثر الحظ غير معتمد عدم الوفاء أو مقصرا في ذلك. وتقدير ذلك متروك للقاضي يفصل فيه علي ضوء الظروف الملابسات التي تحيط بتنفيذ المدين لالتزامه. فالقاضي يوافق علي منح المدين مهلة أو أجلا للوفاء إذا وجد أنه حسن النية حريص علي الوفاء بالتزامه، ولا يمنعه من ذلك سوى ظروف خارجة عن إرادته، كمرض لحقه أو لحق أحد أفراد أسرته فاستنفد ما كان أعده من نقود للوفاء بالتزامه، أما إذا وجد القاضي أن المدين سئ النية، وأنه ممتنع عن التنفيذ تعنتا رغم تمكنه منه، فلا يمنحه الأجل. كذلك يقدر القاضي ما إذا كان العارض الذي منع المدين من تنفيذ التزامه في موعده الأصلي عارضا مؤقتا أو دائما. فإذا كان هذا العارض مؤقتا، وكانت ظروف المدين تسمح بتوقيع زواله في المستقبل، كان لذلك أثره في حمل القاضي علي منح الأجل. أما إذا كان ما منع المدين من التنفيذ عارض دائم، أو عارض لا ينتظر زواله خلال مدة معقولة فلا تكون هناك جدوى من منح الأجل. ويدخل ضمن حالة المدين موارده الحالية والمستقبلية، ومدي الضرر الذي يلحقه نتيجة جبره علي الوفاء في الحال (محمد لبيب شنب ص١٦٥).

(٣) ألا يترتب علي نظرة الميسرة ضرر جسيم للدائن: يجب ألا يصيب الدائن من جراء منح نظرة الميسرة ضرر جسيم كما لو كان قد أبرم صفقة معتمدا علي حقه المطالب به للوفاء بقيمتها، أو كان معتمدا علي هذا الحق للوفاء بديونه ويترتب علي عدم الوفاء بها شهر إفلاسه أو إعساره، أو ألا تكون لدي الدائن سيولة تمكنه من مباشرة تجارية، أو كان عدم الوفاء يحول بينه وبين صفقة يناله ضرر جسيم من عدم إبرامها (أنور طلبه ص٣٤٢)، وتحديد ما إذا كان الضرر جسيما أم يسيرا مما يخضع لتقدير القاضي.

(٤) أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا: يجب أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين معقولا، فلا يكون مسرفا في الطول بحيث يضر بالدائن ضررا جسيما. ويحدد القانون الفرنسي الأجل بما لا يزيد علي سنة. أما في مصر فتحديد الأجل متروك لتقدير القاضي. ولكن السنة أجل يبلغ م الطول قدرا لا يظن معه أن القاضي في مصر يمنح أجلا أطول، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة (السنهوري ص٦٣٣)

ويجوز للقاضي بدلا من تحديد أجل واحد للوفاء بالالتزام أن يحدد عدة آجال، أي أن يقسط الالتزام علي المدين، ويحدد للوفاء بكل قسط أجلا معينا بحيث يتم الوفاء في آجال متعاقبة (محمد لبيب شنب ص١٧٠)، فإذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة، جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة، والأمر في النهاية يرجع إلي تقديره، فهو الذي ينظر، حتى بعد توافر هذه الشروط، إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة، وتقديره في ذلك تقدير نهائي، لا معقب عليه من محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المهلة التي يجوز للمحكمة منحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم، إنما هي-وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض- من الرخص التي خولها المشرع لقاضي الموضوع بالفقرة الثانية من المادة ١/٣٤٦ من القانون المدني إن شاء أعملها وانظر المدين إلي ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلي أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها، ويكون النعي علي الحكم بالقصور في هذا الخصوص علي غير أساس" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١١٩٣ جلسة ١٩٦٨/١١/١١، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٩٦٢ جلسة ١٩٦٨/٥/٢٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال٢٥ عاما-١١٤-٣٦٣ جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاما-١١٣-٣٦٣ جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)، وبأنه "إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن ميعادا للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ وفق المادة ٣٣٣ من القانون المدني القديم "٣٤٦ جديد" من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، ولذلك لا يقبل النعي علي الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن" (نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ و١٩٥٠/٥/٢٥ جـ١ في ٢٥ سنة ص٣٦٣ ونقض ١٩٦٩/٢/١٣ س٢٠ ص٣٢٥ ونقض ١٩٦٨/٥/١٦ س١٩ ص٩٣٦)، ولا ينال المدين من القاضي نظرة الميسرة إلا في أثناء الدعوى التي يرفعها الدائن يطالبه فيها بالدين، أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي، ففي الحالة الأولي يستطيع المدين أن يطلب من القاضي أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة علي النحو الذي قدمناه، بل يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة، وفي الحالة الثانية، إذ لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه، لا يبقي أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضي الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها، أما في غير هاتين الحالتين أي في حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ فإنه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليطلب الميسرة، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك في أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم،فإذا ما صدر الحكم دون أن يمنح المدين نظرة الميسرة، فليس ثمة سبيل إلي ذلك، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو، ولا يجوز لقاضي آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانونا (السنهوري ص٦٣٠).

تعلق نظرة الميسرة بالنظام العام :

نظرة الميسرة مما يتعلق بالنظام العام. ولذلك يجوز للمدين طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للقاضي منحها للمدين دون طلب إذا تبين توافر شروطها. ولا يجوز للطرفين الاتفاق علي ألا يكون للقاضي الحق في منح المدين نظرة الميسرة.

الآثار المترتبة علي منح نظرة الميسرة :

يترتب علي منح نظرة الميسرة ما يترتب علي الأجل الواقف بوجه عام وعلي ذلك يوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي، ثم منح المدين نظرة الميسرة، وجب وقف إجراءات التنفيذ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ قبل منح المدين نظرة الميسرة، يبقي قائما حافظا لآثاره فإذا ما انقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، ولم يوف المدين الدين فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، ولا يحتاج إلي إعادة هذه الإجراءات من جديد فذلك يجشمه عناء لا محل له ولا يكلف المدين نفقات لا داعي لها (السنهوري ص٦٣٦)، ولكن يكون للدائن اتخاذ الإجراءات التي يحافظ بها علي حقه ولا تؤدي إلي غل بد المدين، فله أن يقطع التقادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد قيد هذا الرهن حتى لا يسقط هذا التأمين العيني الضامن للدين كما له رفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية، لكن ليس له أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير بالنسبة لأموال مدينه، لما يترتب عليه من غل يد المدين ومنعه من استيفاء هذه الأموال لتصريف أموره التي روعيت عند منحة نظرة الميسرة، كما لا يجوز للدائن أن يوقع حجزا تحفظيا علي الأموال التي يتعامل المدين فيها إذ يترتب علي ذلك غل يده بالنسبة لها لكن يجوز له توقيع هذا الحجز علي غير هذه الأموال (أنور طلبه ص٣٤٣)، ويجوز للدائن طلب المقاصة رغم أنها ضرب من الوفاء الإجباري، لأن نظرة الميسرة لا تحول دون وقوعها إذ يسقط الأجل بتوافر شروط المقاصة ويلزم المدين بالوفاء. وفي حالة تعدد الدائنين أو المدينين ولو كانوا متضامنين، فإن نظرة الميسرة تكون قاصرة علي الدائن الذي صدر الأجل في مواجهته، لكن طالما أن شروط نظرة الميسرة متوافرة، فإن للمدين المطالبة بها عند رجوع كل دائن آخر عليه دون حاجة لإدخال الدائنين في الدعوى الأولي. كما تقتصر نظرة الميسرة علي المدين المختصم في الدعوى دون غيره من المدينين المشتركين معه ولو كانوا متضامنين نظرا لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية ولذلك لا تسري القاعدة الخاصة بأن ما يفيد منه المدين المتضامنين ينصرف إلي باقي المدينين. لكن يستفيد الكفيل من نظرة الميسرة حتى لا يرجع الكفيل علي المدين إذا رجع عليه الدائن . (أنور طلبه ص٣٤٤).

سقوط الأجل في نظرة الميسرة :

يسقط الأجل في نظرة الميسرة بما يسقط به الأجل الاتفاقي، وقد نصت المادة ٢٧٣ مدني علي حالات سقوط الأجل الاتفاقي، ومن ثم تسري حالات السقوط هذه علي الأجل في نظرة الميسرة. وهذه الحالات هي: ١- إذا أشهر إفلاس المدين أو إعساره وفقا لنصوص القانون. ٢- إذا أضعف المدين بفعله إلي حد كبير ما أعطي الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لا حق أو بمقتضي القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلي سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. ٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (عزمي البكري ص٥٦١). علي أن الأجل في نظرة الميسرة خلافا للأجل الاتفاقي يسقط لسبب آخر هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين.

ثانيا : مكـــان الوفـــاء :

المكان الذي يتم فيه الوفاء :

يختلف مكان الوفاء تبعا لاختلاف محل الالتزام الواجب الوفاء به وذلك علي النحو التالي:

إذا كان محل الالتزام شئ معين بالذات: إذا كان محل الالتزام شئ معين بالذات كسيارة أو ماكينة، فإن مكان الوفاء هو المكان الذي كان موجودا به وقت نشوء الالتزام، سواء كان المحل يمكن نقله بسهولة أو لا يمكن وفي هذه الحالة يلتزم الدائن بتسليمه به، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولي من المادة ٣٤٧ مدني بقولها "إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". فالفقرة قد جعلت مكان الوفاء في الأشياء المعينة بالذات هو المكان الذي كانت موجودة به وقت نشوء الالتزام ولكنها اشترطت لذلك ألا يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين علي خلاف ذلك أو يكون هناك نص قانوني يقضي بغير ذلك. أما إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين علي المكان الذي يكون منه وفاء الدين. ففي هذه الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق سواء كان الاتفاق صريح أو ضمني معاصر لنشوء الالتزام أو لاحقا عليه باتفاق خاص. كذلك إذا كان هناك نص قانوني خاص بتحديد مكان الوفاء تعين علي الطرفان علي الالتزام بهذا النص ومن النصوص القانونية الخاصة بتحديد مكان الوفاء، المادة ٤٥٦ مدني حيث تنص علي تحديد مكان الوفاء بثمن المبيع، والمادة ٥٦٦ تنص علي تحديد مكان تسليم العين المؤجرة، والمادة ٦٤٢ تنص علي تحديد مكان رد العارية، والمادة ٦٥٥ تنص علي تحديد مكان تسليم محل عقد المقاولة، والمادة ٦٩٠ بتحديد مكان الوفاء بالأجر.

إذا كان محل الالتزام شئ غير معين بالذات: إذا كان محل الوفاء غير معين بالذات، كالتزام بتسليم كمية ن الحبوب أو القطن، أو التزام بدفع مبلغ من النقود، أو التزام بعمل أو امتناع عن عمل. فمكان الوفاء يكون هو موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال، كما لو كان المدين تاجرا وله محل يباشر فيه تجارته وباع شيئا، فإن الوفاء يكون في هذا المحل باعتباره موطنا للأعمال أي المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين. وإذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله في الفترة ما بين نشوء الالتزام وبين الوفاء فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام، ذلك أن القاعدة إنما تقوم، لا علي افتراض إرادة الطرفين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلي الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام، وإما تقوم علي مصلحة المدين، ومصلحته تقتضي أن يكون الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء (السنهوري ص٦٤٠) علي أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله، إذا تصرف تصرفا من شأنه أنه يستخلص منه هذا النزول، فإذا كان الدين أقساطا، وأدي المدين أكثر الأقساط في موطن الدائن، فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضا في موطن الدائن، وأن المدين قد اتفق ضمنيا مع الدائن علي ذلك، ولكن بمجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط في موطن الدائن لا يستفاد منه حتما أن المدين قد نزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين في موطن الشرطة فلا يستفاد من ذلك حتما أنه نزل عن حقه في أن يكون الوفاء بسائر الأقساط في موطنه هو، وعلي العكس من ذلك، إذا اشترطت شركة التأمين علي أن يكون الوفاء بالأقساط في موطنها ثم استوفت بعض هذه الأقساط في موطن المدين، فلا يستفاد من ذلك حتما أنها نزلت عن حقها في أن يكون الوفاء ببقية الأقساط في موطنها، لاسيما إذا ذكرت ذلك صراحة في وثيقة التأمين، وهذا ما لم يكن قد اضطرد استيفاؤها لأقساط التأمين في موطن المدين واستقر تعاملها معه علي ذلك (السنهوري ص٦٤٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين في محل المدين إلا إذا اتفق علي خلاف ذلك، وكان الطرفان قد اتفقا علي أن يكون الدفع في محل الدائن بمصر، وكان قد تعذر علي المدين أن يقوم بالوفاء بسبب قطع العلاقات بين مصر وإيطاليا ولم يكن كذلك من المجدي أن يقدم الدائن سند الدين إلي الحارس العام في ذلك الوقت إذا لم يكن في مقدور هذا الحارس المطالبة به لأن الدين لم يكن ثابتا بالفرع الذي يملكه المدين في مصر. ولما كان ذلك، فإنه لا يمكن نسبة أي خطأ إلي الدائن في عدم المطالبة بالدين أثناء قطع العلاقات، أما بعد عودة العلاقات فإن من واجب المدين أن يقوم بالدفع في محل الدائن وفقا لنص العقد، أما وهو لم يفعل فلا يجوز له التحدي بقيام أي خطأ في جانب الدائن" (الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٩).

نفقــات الوفــاء :

يتحمل المدين نفقات الوفاء فإذا كان العقد بيعا محله شيئا معينا بنوعه، تحمل البائع مصاريف إفرازه من قياس أو وزن أو وكيل أو عد، ونفقات إرساله إلي مكان الوفاء كمصاريف الشحن. ففي العقود الملزمة للجانبين، يلتزم كل متعاقد بتنفيذ التزاماته أي بالوفاء بالتزاماته، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع وإفرازه ونقله إلي مكان الوفاء، ومتى قام بذلك فإنه يكون قد قام بالوفاء بهذه الالتزامات، وبالتالي يتحمل نفقاتها. كما يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن، فإن كان هذا الوفاء يتم بموطن البائع تحمل المشتري نفقات الانتقال إليه حتى يتمكن من تنفيذ التزامه. فكل متعاقد يعتبر مدينا بما التزم به ويتحمل نفقات الوفاء بهذا الالتزام . (أنور طلبه ص٣٤٧)

وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام فيجوز للعاقدين الاتفاق علي خلافه. وإذا وجد نص علي خلاف هذا الحكم تعين تطبيقه دون الحكم العام الواردة بالمادة. ومثال ذلك ما تقضي به المادة ٤٦٨ مدني من أن نفقات تسجيل عقد البيع تكون علي المشتري، فهنا التسجيل لازم لانتقال ملكية العقارات، ونقل الملكية التزم علي البائع لا علي المشتري، فالمشتري هو الدائن بالالتزام بنقل الملكية، ونع ذلك فقد حمله الشارع صراحة بنفقات التسجيل. وذلك خشية أن يؤدي تحميل البائع بهذه النفقات إلي تراخيه في القيام بإجراءات التسجيل . (محمد لبيب شنب ص١٧٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين عرضا علي المطعون ضده أجرة شهري أغسطس وسبتمبر سنة ١٩٩٧ بإنذار عرض معلن للمطعون ضده في ١٩٩٧/٩/٢٧ سجلا فيه عليه رفضه استلام تلك الأجرة وديا رغم سابقة تقاضيه ذات الأجرة عن المدة من ١٩٩٧/٤/١ حتى نهاية يوليو سنة ١٩٩٧ دون معارضة ولم يتمسك المطعون ضده بأن العرض كان ناقصا أو بأن نفقات الوفاء تقع علي عاتقها فإن الحكم المطعون فيه إذ تعرض لذلك من تلقاء نفسه وقضي برفض الدفع ببطلان التكليف بالوفاء علي سند من أن المطعون ضده لا يلزم بقبول هذا العرض الناقص طالما اتبع طريق إبراء الذمة وفقا لأحكام قانون المرافعات خاصة في حالة عدم ثبوت امتناع المؤجر عن استلام الأجرة وديا كالحالة المطروحة ودون أن يستظهر ما إذا كان المطعون ضده قد نازع في خصم نفقات الوفاء من عدمه خاصة مع تمسك الطاعنين بامتناعه عن استلام الأجرة فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥)، وبأنه "تقديم الطاعن إنذار بعرض قيمة أجرة عين النزاع علي شقيق المطعون ضده وإيداعها خزانة المحكمة وتدليله بإيصالات سداد أجرة علي صفة المعروض عليه إغفال الحكم المطعون فيه لهذا العرض والإيداع وأثره في براءة ذمة الطاعن من دين الأجرة المطالب به قصور" (الطعن رقم ٥٦٢٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢).

رجوع الغير الموفي بالدين على المدين بقدر ما دفعه :

تقضي المادة ٣٢٤ مدني سالفة الذكر بأن الغير الذي يوفي الدين يكون له حق، الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وعلى ذلك فالموفي لدين غيره، سواء كانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة، يستطيع، ما لم يكن متبرعاً كما قدمنا، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه وفاء للدين. ويختلف أساس هذه الدعوى، فقد يكون الوكالة إذا كانت علاقة الموفي بالمدين قبل الوفاء تتضمن وكالة ضمنية بينهما في الوفاء كالعلامات بين المدينين المتضامنين، وقد يكون الفضالة إذا كان الوفاء الذي قام به الغير يعتبر شأناً عاجلاً للمدين وتم في الغالب بغير علمه. وقد يكون الإثراء بلا سبب، إذا تم الوفاء رغم معارضة المدين. وسواء رجع الموفي على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه لا يستطيع الرجوع بشيء إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين. فإذا كان قد وفى ديناً انقضى كله أو بعضه، أو كان للمدين دفوع ضد الدين، وكان الوفاء بغير أمر المدين، كان الموفي مسئولاً عن ذلك. فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير، أو وفى قسطاً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذي دفع، فإن الغير في الحالة الأولى لا يرجع بشيء على المدين لأن هذا كله كان قد وفى الدين كله فلم يفد شيئاً من الوفاء الذي قام به الغير، ويرجع في الحالة الثانية بالباقي من الدين بعد استنزال القسط الذي وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذي أفاد منه المدين. ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له، بأن كان له مثلاً في ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضي الدين دون حاجة إلى الوفاء، أو لو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم ومع ذلك وفاه الغير، فإن الغير لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذي قام به لم يفد المدين منه شيئاً. ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن في الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب في المحل أو في السبب أو في الشكل، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل، أو كان يستطيع أن يتمسك بأي دفع آخر، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفي على المدين، فلا يرجع الأول على الثاني إلا بقدر ما أفاد الثاني من الوفاء. (السنهوري ص٥٣٤ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الدعوى الشخصية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء. وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني لكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده" (الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)، وبأنه "لئن كان للأجنبي عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه ويصح وفاؤه حتى لو كان رغماً عن المدين ويحق له بالتالي الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلول إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة على المدين، فإذا أوفى بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعاً لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتفى حق الموفي في الرجوع" (الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٢).

ويشترط لرجوع الموفي على المدين أن يكون قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص:

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة "مناولة" الواردة في وصول بأنها لا تقطع بأن الموفي دفع الدين من ماله الخاص فإنها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذي تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ في تطبيق القانون إن هي أحالت الدعوى على التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول" (الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٠/٢٨).

كما يشترط أن تكون إرادة الموفي قد اتجهت إلى الوفاء بدين غيره، أما إذا ظن الموفي وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه، فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير :

وقد قضت محكمة النقض بأن "الوفاء بالدين من الغير لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا اتجهت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين غيره أما إذا ظن الموفي وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لديه على الغير وإنما وفاء لدين غير مستحق يجيز للموفي المطالبة باسترداد ما وفاه على أساس قاعدة دفع غير المستحق" (الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥)، وبأنه "إذ كان الثابت في الدعوى حسبما حصله المحكوم فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثاني وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلي لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توقياً لبيع منزله، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مديناً شخصياً للبنك، وإنما بوصفه بائعاً للبائعين للمطعون عليه الأول، وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقاً للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول- المشتري - ما دفعه البنك. لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقراراً بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلاً لأحكامه المنصوص عليها في المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدني، إذ يجوز للمتعاقدين طبقاً للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام" (الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)، وبأنه "التزام المرسل إليه بأداء الضريبة الجمركية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قاصر على ما يستحق منها على البضائع التي يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية إلى داخل البلاد، فإذا أوفى المرسل إليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر فإنه يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده ولا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلك الضريبة إلا إذا اتجهت إرادة المرسل إليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل، ذلك أن الوفاء بالدين عن الغير - وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها - القانون المدني - لا يبرئ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين هذا الغير، أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفي المطالبة باسترداده إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق. وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته منذ السداد إلى الوفاء عن الشركة المطعون ضدها - الناقلة - بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في الرسالة فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨)

وبأنه التزام المرسل إليه بأداء الضريبة الجمركية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مقصوراً على ما يستحق منها على البضائع التي يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية إلى داخل البلاد، فإذا أوفى المرسل إليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر فإنه يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده، ولا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلك الضريبة إلا إذا اتجهت إرادة المرسل إليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل"، وبأنه "الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها من القانون المدني – لا تبرأ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين هذا الغير، أما إذا ظن أنه بدفع ديناً على نفسه، فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفي المطالبة باسترداده إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عند السداد إلى الوفاء عن الشركة – المطعون ضدها الناقلة – بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في الرسالة فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٧٦٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٣/١٦)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض – وأخذاً بمفهوم نص المادة ٣٢٣ من القانون المدني – أن الوفاء بالدين يصح من أي شخص له مصلحة في الوفاء به وهذا الوفاء من شأنه إبراء ذمة المدين من الدين متى اتجهت إرادة الموفي على الوفاء بدين غيره ومن ثم فإنه يجوز لغير المستأجر أن يقوم بدفع الأجرة المتأخرة كما يدفع الغير الدين عن المدين متى اتجهت إرادة هذا الغير للوفاء إبراء لذمة المستأجر"

تقادم حق الموفي في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بانقضاء ثلاث سنوات:

رجوع الغير الموفي الذي ليس ملزماً بالوفاء بما أوفاه على المدين، ينشأ حقه فيه من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات من هذا التاريخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن "رجوع الغير الموفي – الذي ليس ملزماً بالوفاء – بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملاً بالمادة ٣٢٤ من القانون المدني، ولا ينشأ حق الموفي في هذا الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث نوات تبدأ من هذا التاريخ"

الحلــول القانونـــي :

إذا تيسر للغير الذي قام بالوفاء أن يحل محل الدائن في دينه، كان له بمقتضى ذلك، زيادة على الدعوى الشخصية، دعوى أخرى هي دعوى الحلول التي يرجع فيها على المدين بنفس الدين الذي كان للدائن، والذي بقي بتأميناته وخصائصه وتوابعه ودفوعه، وهذا هو مؤدى الوفاء مع الحلول.

ولا يكفي لحلول الموفي محل الدائن الموفى له مجرد أن يتم الوفاء من غير المدين، وإنما يلزم أن يوجد اتفاق أو نص قانوني على الحلول. ولهذا ينقسم الحلول إلى نوعين. فهو قد يكون اتفاقياً يتم باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونياً أي يقع بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق في حالات معينة. (توفيق حسن فرج وجلال العدوي ص٧٩٨)

(١) الحلول القانوني : يتم الحلول بقوة القانون في حالات معينة دون حاجة إلى اتفاق مع المدين أو مع الدائن. وهذه الحالات قد وردت في المادة ٣٢٦ على سبيل الحصر أربعة حالات أولاهما الحالة التي يكون الموفي ملزماً بالوفاء بالدين مع المدين أو عنه، وثانيهما، حالة أن يكون الوفاء من دائن لدائن آخر متقدم عليه بتأمين عيني، وثالثهما حالة أن يكون الوفاء من المشتري لدائن مرتهن للعقار الذي اشتراه. ورابعتها وجود نص خاص. غير أنه يلاحظ أن الموفي في إحدى هذه الحالات يكون له الخيار بين الرجوع بدعوى الحلول أو الرجوع بالدعوى الشخصية.

ونعرض لهذه الحالات الأربع بالتفصيل على النحو التالي:

(الحالة الأولى) إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه: فإذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين فإنه يحل محل الدائن فيما يتبقى بعد استنزال نصيبه من الدين ومثال ذلك المدين المتضامن والمدين في دين غير قابل للانقسام. وإذا كان الموفي ملزماً بوفاء الدين عن المدين فإنه يحل محل الدائن في كل الدين. ومثله الكفيل الشخصي والكفيل العيني، وهو من يقدم عيناً ضماناً لدين على آخر دون أن يكون ملتزماً شخصياً بالدين، والحائز للعقار وهو كل من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون دون أن يكون ملتزماً شخصياً بالدين، كأن يكون مشترياً أو موهوباً له أو موصى له، وإن كان القانون قد أفرد نصاً خاصاً لمشتري العقار المرهون (م٣٢٦/ج) كما سنرى. (عبد المنعم الصدة ص١١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "دعوى الحلول التي يستطيع المتبوع - وهو في حكم الكفيل المتضامن - الرجوع بها على تابعه عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور هي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المدني والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بوفاء الدين عن المدين. وإذا كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن قبله بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أن اختصامه في الدعوى تم بعد اكتمال هذا التقادم بالنسبة إليه وعلى أساس أن رفع المضرور الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة إليه (التابع) والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه، ذلك بأن المتبوع حين يؤدي التعويض للدائن المضرور، فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع" (الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)، وبأنه "إذا كان أساس رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عليه حلول الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين - حلولاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل، ومستنداً إلى المادتين ١/٣٢٦، ٣٢٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفاته عنه وأن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع، وكان القرض المكفول - عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه - فإن الكفيل الموفي يحل محل الدائن الأصلي فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها" (الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)، وبأنه "لما كان المتبوع - وهو في حكم الكفيل المتضامن - لا يستطيع الرجوع على تابعه عند وفائه التعويض للدائن المضرور بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده، فإنه لا يكون للمتبوع في رجوعه على المدين إلا دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني وهي تطبيق للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بوفاء الدين عن المدين" (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٢٧ق)

وبأنه إذا كان الواقع في الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت للمؤمن له مبلغ التأمين الذي استحق عليها الوفاء به بوقوع الخطر المؤمن منه فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذاً لالتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا لتأسيس حق شركة التأمين في الرجوع على الغير الذي تسبب بفعله في وقوع هذا الخطر على دعوى الحلول ذلك أن رجوع الموفي على المدين بدعوى الحلول يقتضي أن يكون الموفي قد وفى للدائن بالدين المترتب في ذمة المدين لا بدين مترتب في ذمته هو - أما الاستناد إلى أحكام الحوالة فيحول دونه أن واقعة الدعوى تحكمها في شأن الحوالة نصوص القانون المدني القديم الذي حررت في ظله وثيقة التأمين وإقرار المؤمن له المتضمن إحلاله الشركة المؤمنة في حقوقه وتنازله لها عن التعويض المستحق له قبل الغير - وإذ نصت المادة ٣٤٩ منه على أنه لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضي المدين بذلك بموجب كتابة - وكان لا يتوفر في واقعة هذه الدعوى وجود كتابة من المدين تتضمن رضاءه بالحوالة - فإنه لا مجال كذلك لإقامة هذا الحق على أساس من الحوالة" (الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/١/١)، وبأنه "لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة في الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضي أن يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب في ذمة المدين لا بدين مترتب في ذمته هو مما لا يتحقق بالنسبة لشركة التأمين إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الالتزام المترتب في ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين" (الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠).

(الحالة الثانية) وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم: يحل الموفي محل الدائن؛ فيرجع على المدين بدعوى الحلول إذا كان الموفي دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين. فإذا فرض أن المدين قد رهن عقاراً له لدائنين على التوالي فقد يرى الدائن المتأخر في المرتبة أن مصلحته أن يوفي بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه ليوقف بذلك إجراءات التنفيذ التي باشرها الدائن المتقدم في وقت غير ملائم، على أن يعود إليها متى تحسنت الأحوال الاقتصادية وارتفعت قيمة العقار المرهون بما يكفي لسداد قيمة الدينين معاً. من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة، وذلك دون أن يضار الدائن المتقدم إذ هو يستوفي حقه كاملاً، ودون أن يضار المدين فإن الموقف بالنسبة إليه لا يتغير، ولا يؤوده في شيء أن يحل دائن محل آخر مادام يحل في نفس الدين. (السنهوري ص٥٤٠) ويلاحظ أن الدائن المتقدم في المرتبة إذا وفى بحق دائن متأخر فإنه لا يحل محله حلولاً قانونياً، لأن النص لا يشمل هذه الحالة، ونصوص الحلول القانوني جاءت على خلاف الأصل فلا يتوسع في تفسيرها. فالحلول في هذه الصورة لا يكون إلا بالاتفاق. (إسماعيل غانم ص٣٩٥ - عبد المنعم الصدة ص١١٥)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "ويراعى أن الدائن المتقدم في الرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف، فالحلول لا يتم في هذه الحالة إلا بالتراضي. (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص١٧٨ وما بعدها)

(الحالة الثالثة) وفاء المشتري بالثمن إلى دائن مرتهن العقار: تتحقق هذه الحالة مثلاً حيث يكون الموفي قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، ذلك أن الدائن المرتهن له بمقتضى حق التتبع أن يباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته من المدين الراهن إلى الحائز، كالمشتري، فيرى هذا الحائز أن مصلحته أن يوفي بدين الدائن المرتهن حتى يتجنب التنفيذ على عقاره، وحتى يحل محل الدائن في حقوقه فينتفع من التأمينات التي تضمن الدين الذي أداه ككفالة أو رهن على عقار آخر. (أنور سلطان وجلال العدوي ص٥٢٠)

ويستوي، في وفاء المشتري لحق الدائن المرتهن والحلول محله، أن يفعل المشتري ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به، بأن يكون للبائع قد ألزمه في شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشتري أن يوفي له حقه ليتوقى هذه الإجراءات. ويستوي كذلك أن يكون المشتري قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه في مزاد جبري. (السنهوري ص٥٤٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "حائز العقار المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠، ٣٢٦، ٣٢٩ من القانون المدني ملزم بالدين عن المدين، وينبني على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن، حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته، ويترتب على الحلول، انتقال حق الدائن إلى الموفي فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه" (الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥).

(الحالة الرابعة) وجود نص خاص: الحق في الحلول قد يتقرر للموفي بنص خاص، ومن ذلك نص المادة ٧٧١ التي تخول المؤمن الحلول محل المؤمن له في الدعاوى التي تكون له قبل من تسبب بفعله في الضرر، ونص المادتين ١٥٧و ١٥٨ من القانون التجاري حيث يخولان موفي الكمبيالة حق الحلول محل حاملها في حقوقه.

رجوع الوارث الموفي :

للوارث الرجوع على باقي الورثة بما يخصهم من الدين الذي وفاه عن التركة كل بقدر نصيبه بدعوى شخصية أو بدعوى الحلول. وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصي فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن أثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتي الافتقار الذي لحقه مقدراً بوقت الحكم والإثراء الذي أصاب المدعي عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائي. أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقاً للمادة ١٩٥ من القانون المدني النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها أي من وقت الاتفاق. أما إن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن في نفس الدين الذي أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما ترد عليه من دفوع عملاً بالمادة ٣٢٩ من القانون المدني فإذا كانت الفائدة المقررة للمدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك. (أنور طلبة ص٢٥٢ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الطاعن قد سدد دين التركة وما استحق عليه من فوائد وأنفق من مصاريف وهو ما تلتزم به جميع التركة واستصدر الحكم في الدعوى رقم .... بإلزام المطعون ضدها بحصتها وفق قواعد الميراث في هذا المبلغ الذي سدده فإنه لا يملك مطالبتها شخصياً ببعض توابع الدين التي استحقت على التركة ولم تستحق عليها شخصياً، حتى يكون له أن يطالبها بالمبلغ المطالب به بالدعوى المطعون في حكمها ويكون تعييبه الحكم المطعون فيه لقضائه بعدم جواز الدعوى لسابقة الفصل فيها بالنسبة للمطالبة بمبلغ .... بفرض صحته - غير منتج إذ لا يحقق سوى مصلحة نظرية محضاً" (الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)، وبأنه "إذا اتفق وارث المدين مع الدائن على أن يحل محل المورث في وفاء باقي الدين وفوائده وتصفية المطلوب من أصل وملحقات وتعيين رصيده وكيفية وفاء هذا الرصيد، واستخلص الحكم من ذلك ومن غيره من وقائع الدعوى وظروفها أنه حصل بمقتضى ذلك الإقرار استبدال للدين الذي كان في ذمة المورث بدين آخر في ذمة الوارث، فلا معقب عليه في ذلك.

وإذا اعتبر الحكم – بناء على هذا التقرير- مجموع ما اتفق الوارث على أدائه أصلاً رأس مال، وأجرى عليه فوائد التأخير المتفق عليها فلا مخالفة في ذلك للقانون وإذا اعتبر الحكم الفوائد السابقة على تاريخ الإقرار جزءاً من الأصل المتفق على أدائه بهذا الإقرار فلا يسقط حق المطالبة بها مع هذا الأصل إلا بالتقادم الطويل (الطعن رقم ٤٠ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/١٢/٣١)، وبأنه "وإذ كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقي للدائنة بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى.... لإلزام المطعون ضدها بأن تدفع له نصيبها في الدين والفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل في طلب الفوائد، فأقام الدعوى المطعون في حكمها للمطالبة بتلك الفوائد وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند في دعواه إلى الفضالة فهي التي تعطيه الحق في الفوائد من تاريخ انفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التي كانت تستحقها الدائنة وهي ٢٪ حتى يمكن القول باستناده لدعوى الحلول، كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهائي طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضح اضطراره لسداد الدين توقياً لإجراءات التنفيذ العقاري بدين لا يقبل الانقسام بالنسبة للمدين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤٪ من تاريخ الإنفاق وهو سابق على التاريخ الذي جعله بدءاً لطلبها، فإن الحكم – إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقيم مع طلباته فيها – يكون مخطئاً في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣).

الحلــول الاتفــاقي :

والحلول الاتفاقي هو اتفاق الموفي مع المدين أو الدائن على أن يحل الموفي محل الدائن فينتقل بناء على هذا الاتفاق حق الدائن إلى الموفي. (عزمي البكري ص٤٣٩) وتعرض المادة ٣٢٧ مدني لحالة اتفاق الموفي مع الدائن حيث تنص على أنه "للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء" ، ويحدد الاتفاق نطاق الحلول، فقد يكون حلولاً كلياً، فيحل الموفي محل الدائن في الدين بكل تأميناته، كما إذا كان الدين مضموناً برهن واختصاص وكفالة، وقد يكون حلولا في الدين فقط وقد يكون حلولاً في الدين وبعض التأمينات كالرهن وحده، وليس لهذا الاتفاق شكل خاص فأي تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي. ويخضع إثبات الاتفاق على الحلول للقواعد العامة في الإثبات. فإذا كانت القيمة التي وفى بها الدين تزيد على خمسمائة جنيه لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن. إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة في حق موف آخر حل محل الدائن، أو في حق محال له بالحق، أو في حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين. فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفي للدين، فإن كانوا هم السابقين في الوفاء أو في الحوالة أو في الحجز كان الدين لهم، وإلا فهو للموفي. ومن ثم يجب أن يكون السند الذي يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفي الثاني أو تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين تاريخاً ثابتاً – أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال – وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق. أما بالنسبة إلى المدين وورثته، فليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ. (السنهوري ص٥٤٩)

ويشترط لصحة الحلول الاتفاق بالاتفاق مع الدائن ألا يتأخر عن وقت الوفاء:

فقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء، وقد يكون معاصراً له بأن يثبت في ذات المخالصة، ولكن لا يجوز أن يكون الاتفاق على الحلول لاحقاً للوفاء فإذا كان الاتفاق على الحلول سابقاً أو معاصراً لتاريخ الوفاء وقع صحيحاً ولو كان تاريخ المخالصة المثبتة للحلول لاحقاً لتاريخ الوفاء إذ العبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول وليس بتاريخ تحرير السند المثبت له. (السنهوري بند ٣٨٣ وهامشه).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدني على أن الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يبيح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، ومفاد ذلك أنه يشترط للحلول في هذه الحالة وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني - أن يتفق الموفي والدائن على الحلول، ولا ضرورة لرضاء المدين به، وأن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلى درء التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه متفقاً غشاً على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)، وبأنه "متى كان الواقع هو أن بائع العقار قد نزل عن أسبقيته في الامتياز إلى دائن مرتهن متأخر عنه في الدرجة بموجب عقد حلول مؤشر به في السجلات العقارية على هامش تسجيل عقد الرهن وكان الدائن المرتهن إذا طلب تخصيصه بدينه في مرتبة الرهن قد طلب المرتبة التي تخولها إياه المستندات المقدمة منه وهي اعتباره حالاً محل البائع في امتيازه وكان قاضي التوزيع أغفل شأن هذه المستندات المقدمة، فإذا ناقض الدائن المرتهن وطلب الدرجة التي يستحقها فلا يصح أن يعترض عليه - وفقاً لما كان يقرره قانون المرافعات المختلط - بأنه يطلب درجة لم يطلبها من قاضي التوزيع متى كانت هذه الدرجة ثابتة من المستندات التي سبق تقديمها في الميعاد قبل تحرير قائمة التوزيع المؤقتة" (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦).

كما يشترط الحلول الاتفاقي بالاتفاق مع الدائن أن يدفع الموفي الدين للدائن من غير مال المدين:

فإذا كان الوفاء من قرض أقرضه الموفي للمدين فأصبح مملوكاً للأخير لم يكن للموفي الحلول محل الدائن باتفاقه معه على ذلك. وإن كان يمكن الحلول باتفاقه مع المدين. (محمد كمال عبد العزيز ص١٠٢١)

الحلول بالاتفاق مع المدين :

عرضت لها المادة ٣٢٨ مدني بقولها "يجوز أيضاً للمدين إذا اقترض مالاً وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو بغير رضاء هذا الدائن على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد." وعلى ذلك يجوز للمدين، أن يتخلص من دائنه إن كان يشهر به أو يقتضي فائدة باهظة، وذلك بأن يتفق المدين مع الغير على اقتراض مبلغ يفي به دينه، ولا يكون للدائن اعتراض على ذلك وليس له التمسك بالأجل المتفق عليه، فقد أراد المدين دائناً غيره أحله محله. (أنور طلبة ص٢٥٩)

وقد تطلب المشرع لوقوع الحلول في هذه الحالة شروطاً معينة وهي: أولاً: أن يكون هناك قرض عقده المدين أو أحد المدينين المتضامنين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن (توفيق حسن فرج وجلال العدوي ص٨٠٢). ثانياً: أن يذكر في عقد القرض أن المبلغ المقترض مخصص لوفاء الدين الأول، وأن المدين اتفق مع المقرض على إحلاله محل الدائن. ولا يشترط أن يقبل الدائن ذلك (إسماعيل غانم ص٣٩٨). ثالثاً: أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد وأن تكون المخالصة ثابتة التاريخ. وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة، لأن المخالصة يراد أن يحتج بها على الدائنين اللاحقين وهم من الغير، ويراد بها إحلال دائن جديد محل دائن قديم فلابد أن تكون ثابتة التاريخ. وهذه هي الحالة التي نظر إليها المشرع عندما استثنى في المادة ١٥/هـ من قانون الإثبات المخالصات من حكم ثبوت التاريخ وعندما خول القاضي سلطة تقديرية في عدم تطبيق هذا الحكم على المخالصات تبعاً للظروف، إذا أراد بذلك أن يمكن القاضي من عدم اشتراط ثبوت التاريخ في المخالصات العادية ومن اشتراطه في المخالصات المثبتة لوفاء مع الحلول.

والحكمة من اشتراط ذكر تخصيص المال المقترض للوفاء بدين الدائن في عقد الفرض، ومن ذكر أن الوفاء تم بهذا المال في المخالصة، هي إثبات أن القرض كان سابقاً على الوفاء أو معاصراً له على الأكثر حتى يمتنع ضرب من ضروب التحايل التي قد يلجأ إليها المدين في هذا الشأن. (توفيق حسن فرج ص٨٠١)

الفرق بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول:

يجوز لمن حل قانوناً أو اتفاقاً، ما لم يكن متبرعاً، الرجوع على المدين، إما بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحلول، والدعوى الشخصية مستمدة من واقعة الوفاء. وقد يكون أساسها عقد قرض بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفي لوفاء دينه ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض ولكن الموفي للدين في هذه الحالة إنما يكون المدين نفسه أو المقرض كنائب عن المدين وبوكالة منه. على أن الغالب هو أن يوفي الغير الدين بنفسه للدائن وفي هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية قوامها الفضالة أو الإثراء بلا سبب. يكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة أو بغير علمه ولكن دون معارضة ويرجع الغير بمقدار ما دفعه وفاء للدين مع الفوائد من يوم الدفع. وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين ففي هذه الحالة لا تتوافر شروط الفضالة ولا ينعى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب. ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين. (السنهوري ص٥٣٤)

وتختلف الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول في أن الموفي يرجع بموجبها بدين جديد وليس بالدين القديم الذي كان قائماً في ذمة المدين وانقضى بالوفاء؛ في حين أن الرجوع في دعوى الحلول إنما يكون بذات الدين القديم الذي حل فيه الموفي محل الدائن. ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى. فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية، أن الموفي إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه عينية كانت أو شخصية، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذي، وقد تقدم بيان ذلك. ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها، من جهة أخرى، ميزات على دعوى الحلول، ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً: أولاً: لما كان الموفي يرجع في الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة في أغلب الأحوال، فإنه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون، أما في دعوى الحلول فإنه يرجع بحق الدائن، فإذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد، فإن الموفي لا يتقاضى أية فوائد من المدين. ثانياً: إذا رجع الموفي بالدعوى الشخصية، فإن مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت، فيتقادم - بخمس عشرة سنة في الفضالة وفي الإثراء بلا سبب - إلا بانقضاء هذه المدة وتسري من وقت الوفاء أما إذا رجع الموفي بدعوى الحلول، فإنه يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن، وقد يكون تقادم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم، فلا يكاد الموفي يهم برفع دعوى الحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم. ثالثاً: إذا كان الموفي قد وفى الحق وفاء جزئياً، وأراد الرجوع بدعوى الحلول فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفي الدائن من المدين الباقي من حقه، أما إذا رجع الموفي بالدعوى الشخصية، فإنه يتعادل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه، ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء، وقد سبق بيان ذلك. (السنهوري ص٥٧١).

الآثار المترتبة على الحلول:

يترتب على الحلول، سواء كان قانونياً أو اتفاقياً، أن يحل الموفي محل الدائن في ذات الحق الذي كان للدائن في ذمة المدين وبما له من خصائص وتوابع وتأمينات وأيضاً بما يرد عليه من دفوع.

(١) خصائص الحق : ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفي فإذا كان الحق تجارياً اعتبر كذلك بالنسبة للموفي ولو لم يكن تاجراً وكان له مقاضاة المدين بالطرق التجارية والمطالبة بالفائدة وفقاً للسعر التجاري. كذلك يستطيع الموفي أن ينفذ بالسند المثبت للحق إذا كان سنداً تنفيذياً؛ كما سنرى في مواجهة مدد تقادم هذا الحق إذا كان يتقادم بمدد خاصة. (أنور سلطان وجلال العدوي مرجع سابق ص٥٢٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص، ويخضع في إثباته للقواعد العامة، والموفي يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفوع، وهو ما تقضي به المادة ٣٢٩ من القانون المدني ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفي مع الدائن على إحلاله محله في الرهن أو أي تأمين آخر" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ السنة ٢٨ ص٧٤٥)، وبأنه "متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العقود التي أبرمت بين مورث الطاعنين (الناظر على الوقف) والدائنين الحاجزين بأنها وفاء لديونهم مما تحت يده للمطعون ضده وأخويه من غلة الوقف، استناداً إلى ما استخلصته من ظروف الدعوى من أن المورث المذكور بصفته ناظراً على الوقف قد أوفى ديون الحاجزين مما في ذمته للمطعون ضده وأخويه من المال المحجوز عليه تحت يده فإن ذلك يبرر قانوناً هذا التكييف ومن شأنه أن يؤدي إلى انتفاء صفة مورث الطاعنين كدائن محال إليه حالاً محل الحاجزين في حقهم في الرجوع على المطعون ضده بكامل الدين بوصفه مديناً متضاماً، وإذ كان التضامن لم يشرع إلا لمصلحة الدائن تأميناً له ضد إعسار أحد المدينين، فإنه بذلك يمتنع على مورث الطاعنين التمسك بهذا التضامن قبل المطعون ضده" (جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٠٥٦)، وبأنه "لا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص، ويخضع في إثباته القواعد العامة، والموفي يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفوع، وهو ما تقضي به المادة ٣٢٩ من القانون المدني ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفي مع الدائن على إحلاله محله في الرهن أو أي تأمين آخر" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٤٥)، وبأنه "القاعدة الأساسية في الوفاء مع الحلول سواء في ظل القانون المدني السابق م٦٠٧/٥٠٥ - أو الحالي ٣٢٩ منه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المدين في الحلول يظل قائماً بعد الوفاء دون أن يستبدل به دين جديد أي أن الموفي يحل محل الدائن في حقه ذاته بما له من خصائص فإذا كان تجارياً انتقل إلى الموفي بهذه الصفة بغض النظر عن طبيعة علاقة الأخير بمن اتفق معه على الحلول، ويعتبر من توابع الحق الفوائد فتنتقل إلى الموفي بسعرها المعين" (الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ق جلسة ٣٤ ع١ ص٨٧٣)

كما قضت بأن "مفاد النص في المادتين ١/٣٢٦، ٣٢٩ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي ملح الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزاماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع" (الطعن رقم ٩٠٨ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ ، الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦)،

وبأنه إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين - حلولاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ١/٣٢٦، ٦٢٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع. وكان القرض - المكفول- عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفي يحل محل الدائن الأصلي فيه بما له من خصائص ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها" (الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥).

(٢) توابع الحق : إذا كان الحق الذي انتقل إلى الموفي ينتج فوائد بسعر معين، فإن الحق ينتقل منتجاً هذه الفوائد بهذا السعر، ويكون للموفي الحق في تقاضي هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق. ويعتبر تابعاً للحق، فينتقل منه إلى الموفي، دعوى فسخ تقترن بالحق، كما إذا كان الموفي قد وفى البائع الثمن المستحق له، فإن الموفي يحل محل البائع في حقه، بما له من تأمين عيني وهو حق الامتياز، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ، فيجوز للموفي إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذي دفعه للبائع، أن يطلب فسخ البيع وأن يتسلم المبيع من المشتري وفاء بحقه. ويعتبر أيضاً تابعاً كذلك الحق في الحبس، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفي، ويكون له الحق في حبسها حتى يستوفي الدين من المدين. (السنهوري ص٥٥٧)

(٣) تأمينات الحق: إذا كان حق الدائن بتأمينات عينية، كرهن أو امتياز أو اختصاص، أو شخصية كالكفالة أو التضامن مع مدين آخر، بقيت هذه التأمينات للموفي، وأفاد منها في اقتضاء الحق الذي حل فيه محل الدائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المدين المتضامن تدخل بحكم القانون محل الدائنين بمقدار ما عساه يكون قد دفعه زيادة عن نصيبه ويحق له الرجوع به على المدينين الآخرين فإنه وإن امتنع عليه التنفيذ بها على ما لهم مادامت محل نزاع إلا أنه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التي شملتها تسوية الديون قبل معرفة مقدار تلك الزيادة التي يحق للمدين المذكور الحلول بها محل الدائنين في القيود والتسجيلات المذكورة" (جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص١٦٨)، وبأنه "الموفي حين يرجع على المدين بدعوى الحلول إنما يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن فإذا كان هذا الحق هو الرسم المستحق لصندوق دعم صناعة الغزل والمنسوجات القطنية فإنه يتقادم بخمس سنوات عملاً بالمادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ سنة ١٩٥٣ الذي عدل المادة ٣٧٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)، وبأنه "حائز العقار المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠، ٣٢٦، ٣٢٩ من القانون المدني - ملزم بالدين عن المدين، وينبني على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن، حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته، ويترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفي فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه" (الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

وبأنه للوارث الرجوع على باقي الورثة بما يخصهم من الدين الذي وفاه - عن التركة - كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن في نفس الدين الذي أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملاً بالمادة ٣٢٩ من القانون المدني فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتي الافتقار الذي لحقه مقدر بوقت الحكم والإثراء الذي أصاب المدعي علهي وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائي. أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقاً للمادة ١٩٥ من القانون المدني النفقات الضرورية النافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها أي من وقت الإنفاق. وإذ كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقي للدائنة بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى.. لإلزام المطعون ضدها بأن تدفع له نصيبها في الدين والفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل في طلب الفوائد، فأقام الدعوى المطعون في حكمها للمطالبة بتلك الفوائد، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند في دعواه إلى الفضالة فهي التي تعطيه الحق في الفوائد من تاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التي كانت تستحقها الدائنة وهي ٢٪ حتى يمكن القول باستناده لدعوى الحلول، كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهائي طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضح اضطراره لسداد الدين توقياً لإجراءات التنفيذ العقاري بدين لا يقبل الانقسام بالنسبة للمدينين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤٪ من تاريخ الإنفاق وهو سابق على التاريخ الذي جعله بدءاً لطلبها فإن الحكم - إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقيم مع طلباته فيها - يكون مخطئاً في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣).

(٤) دفوع الحق: كما ينتقل الحق بخصائصه وتوابعه وتأميناته، فإنه ينتقل أيضاً بما يرد عليه من دفوع، فللمدين أن يتمسك قبل الموفي بالدفوع التي كان له التمسك بها قبل الدائن، كالدفع بالبطلان أو بانقضاء الحق بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء أو بالمقاصة أو بالتقادم أو بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف أو بعدم حلول الأجل المقرر للوفاء بالالتزام. ويستثنى الدفع بالقصر، فإن كان الدائن قاصراً وطالب الدين بالوفاء كان للأخير أن يدفع بقصر المدين إذ لا يكون الوفاء صحيحاً في حالة قصر الدائن، إلا أن المدين لا يستطيع التمسك بهذا الدفع قبل الموفي كامل الأهلية. (أنور طلبة ص٢٦٣)

ويقتصر حق الموفي في الرجوع على المدين، على ما أوفاه إلى الدائن :

فإذا كان ما أوفاه أقل من قيمة الدين لم يكن له الرجوع بهذه القيمة إذ ليس أن يرجع بأكثر مما أو في لأنه لا يقصد بوفائه المضاربة لأنه إن كان يقصدها فإنما يكون سبيله شراء الدين عن طريق الحوالة. (السنهوري بند ٣٩٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "حائز العقار المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠، ٣٢٥، ٣٢٩ من القانون المدني- يلزم بالدين عن المدين وينبني على وفائه بالدين المضمون أو بجزء للدائن المرتهن، حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته، ويترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفي فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه" (جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٣٨٤).

وإذا كان الموفي مديناً متضامناً أو كفيلاً متضامناً أو مديناً مع آخرين في دين غير قابلاً للانقسام فلا يستطيع الرجوع على كل من المدينين الآخرين إلا بقدر حصة من يرجع عليه وذلك تفادياً لتكرار الرجوع. (السنهوري بند ٣٩٨، محمد كمال عبد العزيز ص١٠٢٥)

الحلول في الوفاء الجزئي :

القاعدة العامة في الحلول أنه إذا وفى الموفي جزءاً من الدين وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي؛ فإن الموفي يحل محل الدائن في هذا الجزء ويبقى الدائن دائناً بالجزء الآخر؛ ويصبح كل منهما على حد سواء يتقاسمان مال المدين إذا لم يكف لسدادهما معاً قسمة الغرماء. غير أن النص جعل للدائن الحق في أن يتقدم على الموفي في استيفاء باقي الدين من المدين، وذلك على أساس افتراض مقتضاه أن الدائن لم يقبل هذا الوفاء الجزئي إلا بشرط أن يكون له هذا التقدم، إلا أن يتفق على غير ذلك. وينهض بهذا الافتراض أن الدائن إذا قبل وفاء جزئياً من المدين فإنه يكون له أن يستوفي بقية دينه من مال المدين دون أن يزاحمه أحد. فإذا كان الذي قام بهذا الوفاء الجزئي واحد من الغير فإن مركز الدائن يجب ألا يسوء بسبب ذلك، فيظل الوضع كما لو كان المدين هو الذي وفى فيكون استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. (محمود جمال الدين زكي ص٢٠٥ – إسماعيل غانم ص٤٠١ عبد المنعم الصدة ص١٢١)

غير أن ميزة التقدم المشار إليها ميزة شخصية للدائن وحده، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفي له بالجزء الباقي من حقه ويحل محله فيه، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدني صراحة على هذا الحكم كما رأينا، فقضت بأنه "إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق، رجع من حل أخيراً ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له، وتقاسما قسمة الغرماء"، ولا يستطيع الدائن، وهو يستوفي الجزء الباقي من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموفي الأول، إذ أن الموفي الأول ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسري في حقه، وإنما يجوز للدائن، عند استيفاء جزء من حقه من الموفي الأول، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقي يتقدم على الموفي الأول وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفي الجزء الباقي أن يتفق مع الموفي الثاني على أن يتقدم على الموفي الأول، وهذا هو ما رضي به الموفي الأول مقدماً عند اتفاقه مع الدائن". (السنهوري ص٥٦٤)

حق الموفي في طلب مخالصة أو استرداد سند الدين أو الإقرار بضياعه:

الوفاء تصرف قانوني فيخضع في إثباته لحكم القواعد العامة في الإثبات، ويقع عبء إثباته علي عاتق المدين، ويكون الإثبات بذات الطرق التي يثبت بها قيام الالتزام وإذا كانت القواعد العامة تخول الموفي الحصول من الدائن علي مخالصة بما أوفي فإن المادة ٣٤٩ تخوله كذلك أن يطلب من الدائن في حالة الوفاء الكلي رد السند الأصلي للدين أو إعدامه أو إلغائه، كما تخوله في حالة الوفاء الجزئي أن يطلب منه التأشير علي ذلك السند بما وفاه فإن ادعى الدائن ضياع السند كان عليه أن يقر بضياعه

فإن رفض الدائن إعطاء هذا الإقرار، أو رفض تقديم سند الدين في حالة عدم الادعاء بفقده، للتأشير عليه بالوفاء أن تضمن حقوقا أخرى للدائن أو لإلغائه أو لإعدامه أن كان قاصرا علي الحق محل الوفاء، كان للمدين أن يتخذ إجراءات العرض والإيداع علي نفقة الدائن، ليتمكن من الحصول علي دليل الوفاء

وإن كان استرداد سند الدين أو إعدامه أو إلغائه، يعد قرينة علي الوفاء، فقد يعد كذلك قرينة علي الإبراء، لذلك يحسن الحصول علي مخالصة أو التأشير بالوفاء علي سند الدين، إذ يعد ذلك دليل كامل علي الوفاء. غير أنه يلاحظ أن للموفي الاكتفاء بالمخالصة فتكون سندا كافيا لانقضاء الدين في حدود ما ورد بها ولو لم يسترد سند الدين أو يعدمه أو يؤشر عليه، كما يجوز للموفي الاكتفاء باسترداد سند الدين الأصلي أو إعدامه أو إلغائه (السنهوري بند ٣٦٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة "مناولة" الواردة في وصول بأنها لا تقطع بأن الموفي دفع الدين من ماله الخاص فإنها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذي تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ في تطبيق القانون أن هي أحالت الدعوى علي التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول" (نقض ١٩٥٤/١٠/٢٨ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٨٠)، وبأنه "متى كان الطاعن-الثاني لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بأن الدين الذي أقرت به مورثته لابنتها المطعون عليها وفي بدليل وجود سنده لدى المقررة فلا يجوز له أن يثير هذا الوجه من الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض" (مجموعة القواعد القانونية في الـ٢٥ عام بند ٤٨٠ ص١١٤٢).

رفض الدائن قبول الوفاء:

إذا كان الأصل أن يتم الوفاء برضا الدائن، إلا أنه يجوز للمدين أو الموفي الوفاء جبراً عن الدائن إبراء لذمة المدين، وذلك في حالات ثلاث أولاها حالة رفض الدائن بغير مبرر قبول الوفاء، وثانيها أن يمتنع الدائن عن القيام بالأعمال التي يستلزمها الوفاء كما لو كان الوفاء مستحقاً في موطن المدين ويمتنع الدائن من التوجه إليه، وثالثها أن يعلن الدائن أنه لن يقبل الوفاء إذا ما عرض عليه ففي هذه الأحوال يقوم المدين بالوفاء عن طريق إجراءات العرض والإيداع. (محمد كمال عبد العزيز ص١٠٣١)

وإنذار العرض، هو ورقة من أوراق المحضرين فيجب أن تتوفر فيه الشروط المقررة لها، فإن لم يجد المحضر الدائن الموجه إليه إنذار العرض، أثبت ذلك بالورقة وأعلنه بصورة منها في مواجهة الإدارة وحينئذ يتعين إخطاره إذا لم يجد المحضر من يجوز تسليمه الإنذار أو وجد العين مغلقة، ومتى تم الإعلان وجب على المحضر إيداع المبلغ خزينة المحكمة. وبهذا الإعلان وحده يثبت المدين أنه قام بعرض الدين على الدائن وأن الأخير رفض هذا العرض، ويعتبر ذلك أنه قد تم إعذاره اعتباراً من تاريخ الإعلان أو من تاريخ تسليم الصورة لجهة الإدارة. ويشترط لصحة العرض والإيداع، من ناحية الموضوع، أن يكون الوفاء كاملاً مشتملاً على الدين بملحقاته كالفوائد حتى تاريخ الإيداع والمصاريف التي صفيت، ولا يبطل الإيداع إذا كان الباقي الذي لم يودع ضئيلاً وكان عدم إيداعه راجعاً إلى خطأ في الحساب أو إلى عدم معرفة المبلغ المستحق على وجه الدقة ولا يستنزل من المبلغ المعروض مصاريف العرض والإيداع وعند الحكم بصحته يخصم من الدين، كما يجب أن يتم الإيداع في الأجل المحدد للوفاء متى كان الأجل لمصلحة الدائن إذ لا يجوز انتقاصه، وأن يتم الوفاء بالطريقة التي حددها الطرفان فإن تم بطريقة أخرى فلا يعتد بهذا الوفاء وينصرف إلى طريقة تنفيذ الالتزام، كما يجب أن تتوافر لدى المدين أهلية الوفاء ولدى الدائن أهلية استيفاء الدين، أما من ناحية الشكل، فيجب توافر الإجراءات المقررة بكل من القانون المدني وقانون المرافعات. (أنور طلبة ص٢٨٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "عرض البائع على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقي وفقاً للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات – القديم – متى كان العقد لم يحدد ميعاداً للتسليم وإذن فمتى كان الحكم إذ قضي باعتبار المشتري هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع مازال يعرض البضاعة على المشتري أمام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذي كان يأبى تنفيذ الاتفاق وأن هذا الذي جرى أمام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتهما أمام القضاء فإن الطعن فيه بالقصور ومسح الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون في غير محله" (١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية المقررة في الـ٢٥ عام بند ٨٥ ص٢٥٣)، وبأنه "العبرة في تحديد مقدار الدين الذي يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضي، وإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن ما عرضته مورثة المطعون عليهم على البنك الطاعن يكفي للوفاء بكل ما هو مستحق له في ذمتها فإن قيام المورثة بإيداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولاً بالصيغة التنفيذية، ومؤشراً عليه بالتخالص يكون قد تم طبقاً للقانون، وإذا قضي الحكم فيه بصحة العرض والإيداع الحاصلين بشأنه، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً" (الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ السنة ٢٣ ص٢١١)

وبأنه مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ويقول الدائن أنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه هذا الخطاب ذلك حتى مع صحة قول المدين لا يعتبر طريق وفاء قانونية وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً" (نقض ١٩٤٤/١١/١٦ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٩)، وبأنه "إيداع المستأجر السيارة بجراج بعد مدة العقد وعرضها على المؤجر عرضاً رسمياً يكفي دون استصدار حكم بالإيداع لأن العرض كما يكون في صورة دعوى حراسة يكون في صورة دفع عند المطالبة بالأجرة وعلى المحكمة الأخذ به إذا توافرت الشروط اللازمة" (نقض ١٩٥٦/١٢/٢٧ س٧ ص١٠٢٢).

إعــذار الدائــن :

المقصود بالإعذار :

يقصد بالإعذار إعلان المدين للدائن بورقة من أوراق المحضرين يسجل عليه فيها رفضه قبول الوفاء، فهو يفترض أن المدين قد عرض على الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً استيفاء لدين ولكن الدائن رفض قبول الوفاء وليس من اللازم أن يتم هذا العرض عن طريق المحضر لأن تدخله لا يكون إلا في مرحلة العرض القانوني الذي يسبق الإيداع، فيكفي في العرض أن يبدي المدين للدائن استعداده للقيام بالوفاء الصحيح فإذا رفضه الدائن كان على المدين أن يسجل عليه هذا الرفض بإعلان رسمي على يد محضر. (محمد كمال عبد العزيز ص١٠٣١)

آثــار الإعــذار :

يترتب على إعذار الدائن طبقاً لأحكام المادة السابقة أربعة آثار هي: (١) يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه إذا كانت هذه التبعية على المدين قبل الإعذا كالحالة التي نصت عليها المادة ٤٣٧ من القانون المدني. (٢) وقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين نقوداً تنتج فوائد، سواء كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية، ولا حاجة في وقف سريان الفوائد للعرض الحقيقي والإيداع، بل يكفي إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر، ووجه هذا الحكم ظاهر، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيفاء الدين دون مبرر، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف سريان الفوائد. (٣) تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي، واتباع هذا العرض بإيداع الشيء على نفقة الدائن. (٤) مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين، فإلى جانب تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإيداع، قد يصيب المدين ضرر آخر، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلة، فيكون للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طوال المدة التي شغلته فيها العين دون مبرر. (السنهوري ص٥٦٩)

ولا يترتب على الإعذار براءة ذمة المدين :

إذ تقتصر آثاره على الآثار التي حددها النص، فلا تبرأ ذمة المدين إلا باتباع إجراءات العرض والإيداع. ويقوم محضر العرض مقام الإعذار في ترتيب كافة آثاره من تاريخ إعلانه. (السنهوري بند ٤٣٢- غانم بند ٢٢٤، محمد كمال عبد العزيز ص١٠٣٢).

إجراءات العرض الحقيقي والإيداع :

أولاً : العرض الحقيقي:

العرض الحقيقي هو وفاء مادي يترتب على قبول الدائن له براءة ذمة المدين، مما يتطلب أن يكون العرض متمثلاً في عرض محل الالتزام على الدائن حتى يكون العرض حقيقياً فإن كان محل الالتزام مبلغاً من النقود كالثمن أو أقساطه، فلا يتحقق العرض الحقيقي له إلا بتسليمه للمحضر ليعرضه على الدائن، فإن قبل العرض قبض الدين في الحال وبرئت ذمة المدين. (أنور طلبة ص٢٨٥)

وقد تكفل قانون المرافعات برسم إجراءات العرض الحقيقي على الوجه الآتي: إذا كان الشيء محل الدين نقوداً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه، على يد محضر (م١/٤٨٧ مرافعات)، أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه، كالعقارات أو المنقولات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة، فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر ١/٤٨٧ مرافعات)

ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م١/٤٨٧ مرافعات). (السنهوري ص٥٩٦)

ولم يضع المشرع قواعد خاصة لإعلان الأوراق المتضمنة عرضاً بالوفاء ومن ثم فإنه يسري في شأنها القواعد العامة في إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة العاشرة من ذات القانون. ومن ثم إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أنه يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار، فإذا رفض قبول المبلغ المعروض كان على المحضر إيداع المبلغ خزانة المحكمة ولا يشترط أن يكون المخاطب معه مفوضاً من الدائن في استلام الدين. (عزمي البكري ص٤٨٨)

وقد نصت المادة ٤٨٩ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقي بإجراءات مختصرة، وهي العرض حال المرافعة أمام المحكمة، فقضت بأنه "يجوز العرض الحقيقي في الجلسة أمام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً، وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة وتثبت في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه، وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس، وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض" هذا وإذا قبل الدائن العرض، ذكر المحضر ذلك في محضره، وقبض الدائن الدين من يد المحضر، وبذلك يتم الوفاء له بالدين، وكان عليه هو مصروفات العرض، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب في هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً في الالتجاء إليها وإن لم يقبل الدائن العرض، ذكر المحضر ذلك في محضره، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع. (السنهوري ص٥٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧ من قانون المرافعات على أن "يحصل العرض الحقيقي بإعلان الدائن على يد محضر ويشتمل محضر العرض على بيان الشيء المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه" يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لحصول العرض أن يتم بإعلان الدائن به على يد محضر وإذ لم يضع المشرع قواعد خاصة لإعلان الأوراق المتضمنة عرضاً بالوفاء، فإنه يسري في شأنها القواعد العامة في إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة العاشرة من ذات القانون على أن "تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه...

وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار" ومن ثم فإن العرض الحقيقي يكون صحيحاً إذا تم إعلانه وفقاً لما تقدم حتى لو كان المخاطب معه شخصاً آخر غير الدائن أو كان غير مفوض في استلام الدين فإذا رفض العرض - وأياً كان سبب رفضه - وكان المعروض نقوداً قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ المحضر على الأكثر - طبقاً لما أوردته المادة ٤٨٨ من القانون المشار إليه - ولا يؤثر في صحة العرض والإيداع خصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض طالما أن رفض العرض لم يكن هناك ما يسوغه، لما كان ذلك - وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم بالمطعون فيه أن المطعون عليه عرض على الطاعنة مبلغ ١٠٠٠ جنيه قيمة القسط المستحق دفعه عند تسليمه الشقة موضوع التداعي وقد رفض زوج الطاعنة استلامه فأودع المبلغ خزينة المحكمة وأعلنت الطاعنة بذلك وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بتلك الإجراءات فإنه يكون صحيحاً ويكون النعي عليه في هذا الخصوص في غير محله" (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٦/١١)، وبأنه "العرض الحقيقي الذي يتبعه الإيداع - سواء أكان هذا العرض على يد محضر أو أمام المحكمة وقت المرافعة - هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة في استيفاء الحق. لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن عرض المبلغ المذكور في الجلسة على محامي المطعون ضده في غيبة موكله، وإذا كان قبول هذا العرض يعتبر من التصرفات القانونية التي لا يجوز للمحامي مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فيها في عقد الوكالة، وكان الثابت من سند وكالة المحامي المطعون ضده أنه غير مفوض في قبول العرض، فإن هذا العرض يكون قد تم على غير ذي صفة في استيفاء الحق ويكون الإيداع المشار إليه بسبب النعي غير مسبوق بإجراءات العرض الحقيقي التي يتطلبها القانون مما لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة" (الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٤)، وبأنه "يكون العرض الحقيقي على يد محضر أو في مجلس القضاء فلا يمكن أن يكون العرض على يد رئيس قلم العقود المختص بالشطب وليس بمعف الطاعن من هذا الواجب القانوني قوله لا يستحق القبض إلا في لحظة الشطب وأن المدين لا يلزم بالدفع إلا في مقابل الشطب فإن الشطب يترتب على الوفاء وليس للمدين الحق في طلب الشطب إلا بعد قيامه بواجبه لإبراء ذمته والواجب عليه في مثل هذه الحالة أن يعرض المبلغ عرضاً حقيقياً على يد محضر مشترطاً شطب التسجيل لأن هذا الشطب يتفق مع طبيعة العرض ومرماه فإن رفض الدائن العرض الحقيقي على هذه الصفة يحصل الإيداع رسمياً على هذا الشرط أيضاً ثم يحصل الالتجاء إلى القضاء ليحكم بصحة العرض وإلزام الدائن بشطب التسجيل" (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)، وبأنه "مفاد نصوص المادتين ٧٨٦، ٧٩٢ من قانون المرافعات أنه إذا كان الدين الثابت في ذمة المدين مبلغاً من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقوداً دون غيرها. فإذا كان المشتري قد أودع حال المرافعة شيكاً لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرئاً لذمة المشتري من الدين فإنه يكون قد خالف القانون، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب في ذمة الساحب لا ينقضي بمجرد سحب الشيك بل قيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد" (طعنان رقما ٢٤٦، ٢٤٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٣)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد حتى وقت الحكم النهائي في الدعوى، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشتري على عقد البيع النهائي لا يعد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقاً لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدني و٧٩٢ من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

كما قضت بأنه "إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقي الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض ي مواجهتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض أبدي أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملاً بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)، وبأنه الشيك وإن اعتبر في الأصل أداة وفاء إلا أن مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة ساحبه ولا ينقضي التزامه إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد" (الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)، وبأنه "يشترط لقيام العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروف بغير مبرر" (الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩ السنة ١٨ ص١٤٣)، وبأنه إذا كان محضر الإيداع لم تسبقه إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليها في المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤، ٣٣٩ من القانون المدني لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة" (جلسة ١٩٧٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض - أنه إذا كان الدين الثابت في ذمة المدين مبلغاً من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة فيجب أن يكون هذا العرض نقوداً دون غيرها ولا يغني عن ذلك سحب شيك بقيمة الدين لأن الشيك وإن اعتبر في الأصل أداة وفاء إلا أن مجرد سحبه لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة ساحبه، ولا ينقضي التزامه إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد. يستوي في ذلك أن يكون المدين شخصاً طبيعياً أو معنوياً" (الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٦/٦)، وبأنه "متى كانت محكمة الموضوع قد عرضت في أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع، بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ونفت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام، ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً، فإنه يكون غير منتج النعي على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل" (الطعن رقم ٩٥ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض أن العرض الحقيقي الذي يتبعه الإيداع هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة في استيفاء الحق، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم عرضوا بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢٤ - مبلغ ٢٥٠ جنيهاً على محامي الطاعنين كما عرضوا بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٥ مبلغ ١١٧٠ جنيهاً إلا أنه رفض استلام المبلغين على سند من أنه غير مفوض من الطاعنين في قبض المبلغ المعروض، وإذ كان قبول العرض يعتبر من التصرفات القانونية التي لا يجوز للمحامي مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فيها في عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامي الطاعن الأول أنه خلا من تفويض في قبول العرض كما خلت الأوراق من ثمة ما يفيد وكالته أصلاً عن باقي الطاعنين فإن هذا العرض يكون قد تم على غير ذي صفة في استيفاء الحق ومن ثم فإن الإيداع الحاصل من المطعون عليهم لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة ولا يرتب أثراً، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بالإيداع المبني على إجراءات عرض غير قانونية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧)

وقضت أيضاً محكمة النقض بأن "تقديم الطاعن إنذار بعرض قيمة أجرة عين النزاع على شقيق المطعون ضده وإيداعها خزانة المحكمة وتدليله بإيصالات سداد أجرة على صفة المعروض عليه إغفال الحكم المطعون فيه لهذا العرض والإيداع وأثره في براءة ذمة الطاعن من دين الأجرة المطالب به" (الطعن رقم ٥٦٢٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢)، وبأنه "الوفاء لغير شخص الدائن أو نائبه لا يستتبع على ما نصت عليه المادة ٣٣٣ من القانون المدني براءة ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء" (الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٩).

ثانيـاً : الإيـــداع :

فقد تكفل تقنين المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة، وجاء في التقنين المدني بعض نصوص في خصومها، وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع، كما وردت في نصوص التقنين فيما يأتي: المعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود. فإن كان من النقود، ورفض الدائن العرض، قام المحضر بإيداع هذه النقود خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر، وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه (م١/٤٨٨ مرافعات)

وإن كان المعروض من غير النقود، ورفض الدائن العرض، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (٢/٤٨٨ مرافعات).

شروط العرض والإيداع :

يشترط لصحة العرض والإيداع من ناحية الموضوع أن يكون الوفاء كاملاً مشتملاً على الدين بملحقاته كالفوائد حتى تاريخ الإيداع والمصاريف التي صفيت. ويجب أن يتم الإيداع في الأجل المحدد للوفاء متى كان الأجل لمصلحة الدائن أن لا يجوز انتقاصه وأن يتم الوفاء بالطريقة التي حددها الطرفان كما يجب أن تتوافر لدى المدين أهلية الوفاء ولدى الدائن أهلية استيفاء الدين. أما من ناحية الشكل فيجب توافر الإجراءات المقررة بكل من القانون المدني وقانون المرافعات.

آثار تخلف شروط العرض والإيداع :

إذا تخلفت الشروط الشكلية للعرض والإيداع كان العرض باطلاً وفقاً لقانون المرافعات أما إذا تخلفت الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون المدني فإنه يترتب على ذلك عدم الاعتداد به كوفاء مبرئ للذمة. (أحمد أبو الوفا التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثاني ص١٢٥٠ - المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة ١٩٩١ص٤٨٧)

الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده فلا يجوز لغيره التمسك به:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن "الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده فإن أسقط حقه فيه صراحة أو ضمناً فلا يجوز له العودة إلى التمسك به، لأن الساقط لا يعود" ، وبأنه المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول عن الحق المسقط له كما يكون بالقول يكون بأي عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة تحتمل الشك" (الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)، وبأنه "إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين لم تتمسكا ببطلان الإيداع ولم تقدما الدليل على سبق تمسكهما به أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سبباً جيداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض"

يجب ألا يكون العرض أو الإيداع معلقاً على شرط إلا إذا اقتضت طبيعة الالتزام ذلك أو كان المدين محقاً في هذا الشرط :

فيجوز للمدين أن يقرن العرض بحفظ كل حقوقه ضد الدائن أو بشروط لا تضر بمصلحة الدائن، ولا تتنافى مع العرض باعتباره وفاء لما التزم به المدين، كما إذا قام المدين بتنفيذ الحكم الصادر عليه والمشمول بالنفاذ وتمسك بحقه في الطعن على الحكم، ذلك لأن الحكم متى كان قابلاً للتنفيذ فإنه يفرض على المدين، وخير له أن ينفذه مختاراً بغير مصاريف، على أن يحتفظ بحق الطعن فيه. كذلك يقبل الشروط التي تقتضيها القواعد العامة بغير تحفظ كما إذا اشترط المدين قبول الدائن شطب قيد الرهن. كما يصح اقتران العرض والإيداع بشرط توقيع الدائن على مخالصة بالوفاء. (عزمي البكري ص٤٩٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يشترط لصحة العرض أو الإيداع الذي يعقبه - سواء حصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة وفقاً لنص المادة ٦٩٧ مرافعات أو على يد محضر وفقاً لنص المادة ٦٨٥ مرافعات أن يكون خالياً من أي قيد أو شرط لا يحل للمدين فرصة. فإذا كان المشتري قيد صرف باقي الثمن الذي أودعه بقيام البائع بإمضاء عقد البيع النهائي، في حين أنه سبق أن حصل على الحكم بصحة إمضاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإمضاء ويسجل وتنتقل الملكية بتسجيله، فإن هذا القيد يكون تعسفياً ولا يكون هذا الإيداع مبرئاً لذمة المشتري من الالتزام بالوفاء بالثمن ولا يرفع عنه وجوب دفع الفوائد عن باقي الثمن مادام قد تسلم العين وانتفع بثمارها" (الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)، وبأنه "إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة، فهذا العرض صحيح. ومثل هذا الشرط لا يبطله، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به" (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٦/١١/٥)، وبأنه "الشرط الذي يجعل العرض والإيداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق في فرضه، ومن ثم فإن إيداع المطعون ضدهما (المشتريين) باقي الثمن مع اشتراط عدم صرفه للطاعنة (البائعة) إلا بعد التوقيع على العقد النهائي طبقاً لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والإيداع ويبرئ ذمتهما من باقي الثمن، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم تمام الإعذار فإن أمر الفسخ في هذه الحالة يكون خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع، ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب فسخ عقد البيع على أن المطعون ضدهما قاما بالوفاء بباقي الثمن في الوقت المناسب إذ عرضاه على الطاعنة عرضاً حقيقياً وأودعاه وذلك قبل الجلسة الأولى المحددة لنظر دعوى الفسخ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)، وبأنه "المقرر أنه لا يؤثر في صحة الإيداع أن يكون معلقاً على شرط يكون للمدين الحق في فرضه ولا يتنافى مع طبيعة الوفاء بالالتزام" (الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)، وبأنه "إذا كانت الشروط التي قيد بها العرض الحقيقي والإيداع ليس فيها ما يخالف النظام العام أو يتنافى مع مقتضى ومرمى الصلح الذي تم بين الطرفين بل هي شروط يستلزمها الدين المعروض ولا تخالف طبيعة العقد، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية - بأسباب سائغة - إلى أن رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً كان بغير مبرر وأن الإيداع الذي تلا هذا العرض كان صحيحاً وتم وفقاً للقانون فإنها إذا اعتبرت ذمة المدين قد برئت من المبلغ المودع - الذي التزم به في عقد الصلح - تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً" (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)، وبأنه "متى كان الإيداع الحاصل من الطاعن مشروطاً بعدم صرف المبلغ المودع إلى المطعون ضدهم قبل الفصل في جميع المنازعات القائمة بينهم وبينه بشأن الوصية فإن الإيداع لا يبرئ ذمته من المبلغ المودع ولا يحول دون سريان الفوائد من تاريخ استحقاقها قانوناً إذ من شأن الشرط الذي اقترن به هذا الإيداع استحالة حصول المطعون ضدهم على ما يخصهم في المبلغ المودع قبل الحكم نهائياً في الدعوى التي رفعوها بطلب الموصى لهم به وبالتالي حرمانهم من الانتفاع به طوال نظرها أمام المحكمة ومن ثم يحق لهم طلب الفوائد عن المبلغ المقضي لهم به" (الطعن رقم ١٧١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)، وبأنه "الشرط الذي يجعل الإيداع غير مبرئ للذمة هو مالا يكون للمدين حق في فرضه، فلا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقاً على شرط يحق له فرضه" (الطعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)، وبأنه المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لصحة العرض والإيداع الذي يعقبه سواء حصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة أو على يد محضر أن يكون خالياً من أي قيد أو شرط لا يحل للمدين فرضه" (طعنان رقما ٣٢٤، ٤٤٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٦/٧/٧)

وبأنه عرض الطاعن الأجرة المستحقة على المؤجر بموجب إنذارات وإيداعها خزانة المحكمة لعدم استلامه لها. إطراح الحكم المطعون فيه هذه الإنذارات وقضاءه بالإخلاء استناداً إلى بطلان العرض والإيداع لاقترانهما بشرط توقيع المطعون ضده على مخالصة بالوفاء بالرغم من أنه شرط لا يتنافى مع طبيعة الوفاء بالالتزام بسداد الأجرة. خطأ حجبه عن بحث أثر صحة العرض والإيداع واختلاف القيمة الإيجارية الواردة بالتكليف بالوفاء عن المبينة بعقد الإيجار على صحة هذا التكليف"

الإيداع في حالة تعدد الدائنين :

إذا قام المشتري بإيداع باقي الثمن على ذمة البائعين جميعاً في صفقة غير مجزأة مؤداه براءة ذمته من الثمن طالما أن الإيداع لم يكن في ذاته محل اعتراض.

وقد قضت محكمة النقض بأن "قيام المشتري بإيداع باقي الثمن على ذمة البائعين جميعاً في صفقة غير مجزأة، مؤداه براءة ذمته من الثمن طالماً أن الإيداع لم يكن في ذاته محل اعتراض، ولكل من البائعين أن يستأدي حصته من الثمن المودع وفق الإجراءات المقررة قانوناً" (الطعن رقم ٧٠٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)، وبأنه "الأصل أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون نافذاً في حق الدائن ولا ينقضي به الدين أو تبرأ به ذمة المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك. ولما كان البين من نص البند الخامس من عقد البيع موضوع الدعوى أنه بناء على عقد القسمة المبرم بين المورثين البائعين بتاريخ ١٩٦٢/٢/١٤ التزم المشتري بالوفاء بالثمن بالكامل إلى البائع ... وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده الثاني أودع باقي الثمن على ذمة ورثة البائعين جميعاً وأن ذلك كان محل اعتراض ورثة... باعتبارهم أصحاب الحق وحدهم في اقتضاء باقي الثمن طبقاً لاتفاق المتبايعين، وهو مالا تبرأ به ذمة المدين من كامل المبلغ المعروض، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على ما ذهب إليه من القول بأن "البائعين كانا متضامنين في التزامهما قبل المشتري باعتبار أن كل منهما يملك نصف العقار المبيع وأنه لا عبرة بعقد القسمة غير المسجل إلا بين المتعاقدين" فإنه يكون قد خالف اتفاق الطرفين وبذلك خالف القانون" (الطعن رقم ٨٤٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٨)، وبأنه "إذا كان المطعون ضده الأول (المشتري) قد أودع باقي الذمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين، وطالما أن الإيداع لم يكن في ذاته محل اعتراض، فإن ذمة المطعون ضده تبرأ بإيداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعاً، لأن الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفق الإجراءات المقررة قانوناً" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩).

مصروفات العرض والإيداع :

تكون المصروفات الخاصة بالعرض والإيداع ورسم الإنذار على عاتق المدين. أما إذا حكم بصحة العرض والإيداع، وكان الدائن متعسفاً في عدم قبول العرض بأن رفضه بغير مسوغ قانوني تحمل هو مصروفات العرض والإيداع ولم يؤثر في صحة العرض والإيداع خصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض طالما أن رفض العرض لم يكن هناك ما يسوغه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن مصروفات العرض والإيداع تكون على الدائن إذا حكم بصحة العرض والإيداع وكان الأخير متعسفاً في عدم قبول العرض بأن رفضه بغير مسوغ قانوني" (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)، وبأنه "مصروفات العرض والإيداع ورسم الإنذار، وقوعهما على عاتق المدين، ويشترط لإلزام الدائن بهما أن يكون متعسفاً في عدم قبول العرض أو برفضه بغير مسوغ قانوني" (الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥)

وبأنه لم يؤثر في صحة العرض والإيداع خصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض طالما أن رفض العرض لم يكن هناك ما يسوغه" (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٦/١١)، وبأنه "متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانوني، فإن قيام ورثة البائع بخصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض لا يؤثر على صحة العرض والإيداع" (نقض ١٩٥٤/١٢/٢ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٨٠)

حالات يجوز فيها الإيداع مباشرة دون أن يسبق بعرض :

قد يتعذر علي المدين إعذار الدائن أو عرض الدين عرضا حقيقيا عليه، ولذلك أجاز له القانون أن يودعه مباشرة دون عرض أو يقوم بإجراء يماثل الإيداع كالحراسة أو إيداع الثمن وذلك عند حلول الدين، بحيث تبرأ ذمته بهذا الإيداع ويتحمل الدائن مصاريفه في الحالات التالية: (١) إذا كان المدين يجعل شخصية الدائن أو موطنه، مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلي قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين، ولكن المدين يجهل من هم الورثة أو أين موطنهم، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء فلا يعرف لمن يوفيه عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين علي ذمة صاحبه دون عرض حقيقي أو إعذار إذ يجهل من هو الدائن الذي يعرض عليه الدين أو أين هو (السنهوري ص٥٩٠). (٢) إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل الوفاء ويستوي أن يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وقت نشوء الدين أو وقت انتقال الدين إليه، كانتقاله إليه بالإرث. (٣) إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبيت من صاحب الحق من بينهم، أما إن تثبيت من صاحب الحق، وجب عليه أن يوفيه حقه بالطرق الودية أو عن طريق العرض والإيداع وإلا فيظل ملزما قبله بالدين رغم لجوئه مباشرة للإيداع وتظل الفوائد سارية في حقه ويلتزم المصاريف، مثال ذلك، أن يكون الحق تمت حوالته مرتين، فإن صاحب الحق فيه هو من يعلن المدين أولا بحوالته، وتكون منازعته المحال له الآخر غير جدية (أنور طلبه ص٢٩٨). (٤) إذا وجدت أسباب جدية تبرر الإيداع دون عرض. كما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه، فله أن يقوم بالإيداع في هذه الحالة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدي نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك، فمتى كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة إيداع الثمن دون أن يسبقه عرض حقيقي علي ما قرره من أن البائع أقام دعواه بفسخ عقد البيع قبل رفع المشتري لدعواه بصحته ونفاذه، وأن التزام المشتري بدفع باقي الثمن معلق علي التوقيع علي العقد النهائي، وقد امتنع البائع عن التوقيع عليه، فلم يكن له حق في استيفاء الثمن حتى يعرضه المشتري عليه وخلص الحكم من ذلك إلي أن هذين السببين جديان ويبرران هذا الإجراء طبقا للمادة ٣٣٨ من القانون المدني. فإن هذا الذي ذكره الحكم في تبرير قيام المشتري بإيداع باقي الثمن مباشرة دون عرضه علي البائع هو قول يؤدي إلي ما انتهي إليه من اعتبار الإيداع صحيحا" (الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١/١٥)، وبأنه "نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب-علي ما صرحت به المذكرة الإيضاحية-حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبائع بعد فسخ البيع في حالة رفض المشتري تسليمه المبيع مقابل استيفاؤه ما دفعه من الثمن أن يوفي بالتزامه برد الثمن الذي قبضه عن طريق إيداعه مباشرة لذمة المشتري دون حاجة إلي عرضه عليه" (الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)، وبأنه "مؤدي نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني سالفة البيان أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل ما لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه" (الطعن رقم ٦٩ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٨)

وبأنه "المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أن مؤدي نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني أنه للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه، فله أن يقوم بالإيداع مباشرة علي ذمة الدائن دون حاجة إلي عرضه عليه" (الطعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)، وبأنه "النص في المادة ٣٣٨ من القانون المدني علي أنه "يجوز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك وعلي ما صرحت به المذكرة الإيضاحية علي أنه من بين هذه الأسباب حالة إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه" (الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)، وبأنه "المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة-أنه إذا كان الإيداع لم يسبقه إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليها في المادتين ٤٨٧، ٤٨٨ من قانون المرافعات أو بالجلسة أمام المحكمة طبقا للمادة ٤٨٩ من ذات القانون فلا يعتبر وفاء مبرئا لذمة إلا بتوافر أحد الأسباب التي تبرر الإيداع مباشرة المبينة بالمادة ٣٣٨ من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الإيداع المشار إليه بسبب النعي لم تسبقه إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليه بالمادتين ٤٨٧، ٤٨٨ من قانون المرافعات سالفتي الذكر كما لم يبين الحكم ما إذا كان ثمة مبرر لهاذ الإيداع المباشر دون عرض واعتبره مبرئا للذمة ورتب علي ذلك قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٦/٨)، وبأنه "مفاد نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب-علي ما صرحت به المذكرة الإيضاحية-حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه فله أن يقوم بالإيداع في هذه الحالة مباشرة علي ذمة المشتري دون حاجة إلي عرضه عليه، لما كان ذلك وكان الشرط الذي يجعل إيداع غير مبرئ للذمة هو لا يكون للمدين حق في فرضه، فلا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقا علي شرط يحق له فرضه" (الطعن رقم ٨٩٨٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٤)، وبأنه "يجوز للمدين-وعلي ما جرى به نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني-الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير تلك الأسباب بغير معقب من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها علي أسباب سائغة تحمله" (الطعن رقم ١٥٩٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤)، وبأنه "نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه علي الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب-علي ما صرحت به المذكرة الإيضاحية-حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبائع بعد فسخ البيع في حالة رفض المشتري تسليمه المبيع مقابل استيفاؤه ما دفعه من الثمن أن يوفي بالتزامه برد الثمن الذي قبضه عن طريق إيداعه مباشرة لذمة المشتري دون حاجة إلي عرضه عليه" (مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٢٢٩ جلسة ١٩٦٨/٦/٢٨)، وبأنه "إذا كان المشتري يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه من البائع، فله أن يقوم بالإيداع مباشرة علي ذمة البائع دون حاجة إلي عرضه عليه" (الطعن رقم ٨٩٨٩ لسنة ٤٩ جلسة ١٩٨٣/١/٤)، وبأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد أعمل اتفاق الطرفين وخلص بأسباب سائغة ولها سندها إلي ثبوت الأسباب الجدية التي يخشي منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم، وأن الطاعنة قصرت في تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن-للبنك-وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع علي العقد النهائي، وهي الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقي الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١، ٢/٤٥٧ من القانون لثبوت الأسباب الجدية التي أوردها تبريرا لهذا الإجراء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون

ولا يقدح في ذلك أن يكون الحكم قد أخطأ في وصف اشتراط الطاعنة في العقد أن الرهن لا يمنع من سداد الثمن بأنه شرط قائم علي الغش في حين أنها لم تخف الرهن علي المطعون ضدهم وأجازت لهم حبس الدين وفوائده من باقي الثمن، لأن ذلك الوصف لم يكن لازما لقضائه" (الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق لسنة ١٩٧٥/١٢/١٠)، وبأنه "إذا كان اقتضاء البائع لباقي الثمن مشروطا بأن يكون قد أوفي بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق، فإن ما انتهي إليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بإيداع المشترين لباقي الثمن، لتعليق الصرف علي القيام بتطهير العين، قول لا يصادف صحيح القانون، ذلك أنه متى كان للمشترين الحق في حبس الباقي من الثمن، فإنهما إذا قاما بإيداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلي البائع، فإن هذا الإيداع يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقي عليهما من الثمن" (الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤).

استقلال محكمة الموضوع بتقدير جدية الأسباب التي تبرر الإيداع بدون عرض:

تستقل محكمة الموضوع بتقدير جدية الأسباب التي تبرر الإيداع دون عرض، دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت ذلك علي أسباب سائغة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "تقرر جدية الأسباب التي تبرر الإيداع دون عرض وتقدير سلامة الشرط الذي يسوغ الإيداع به هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب من محكمة النقض متى أقامت ذلك علي أسباب سائغة" (الطعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)، وبأنه "مجادلة الطاعنة في جدية الأسباب التي تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه في ذلك علي أسباب سائغة ولها سندها في الأوراق وتكفي لحمله" (الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)، وبأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد أعمل اتفاق الطرفين وخلص بأسباب سائغة ولها سندها إلي ثبوت الأسباب الجدية التي يخشي منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم، وأن الطاعنة قصرت في تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن-للبنك-وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع علي العقد النهائي، وهي الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقي الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١، ٢/٤٥٧ من القانون المدني ويجعل وفاءهم به عن طريق إيداعه صحيحا طبقا لما تقضي به المادة ٣٣٨ من هذا القانون لثبوت الأسباب الجدية التي أوردها تبريرا لهذا الإجراء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، ولا يقدح في ذلك أن يكون الحكم قد أخطأ في وصف اشتراط الطاعنة في العقد أن الرهن لا يمنع من سداد الثمن بأنه شرط قائم علي الغش في حين أنها لم تخف الرهن علي المطعون ضدهم وأجازت لهم حبس الدين وفوائده من باقي الثمن، لأن ذلك الوصف لم يكن لازما لقضائه"

عدم اشتراط إعلان محضر الإيداع في حالة الإيداع المباشر:

وجوب إعلان محضر الإيداع إلي الدائن خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله، قاصر علي حالة الإيداع التي يسبقها إجراء العرض الحقيقي دون حالة الإيداع المباشر.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله، قصره علي حالة الإيداع التي يسبقها إجراء العرض الحقيقي دون حالة الإيداع المباشر التي لم يستلزم المشرع بالنسبة لها هذا الإجراء أو أي إجراء آخر مماثل" (الطعن رقم ٧٠١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٩/٢٨، الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢)، وبأنه "إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليهما باقي الثمن علي الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولي وظلا متمسكين بهذا العرض في مواجهتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض أبدي أمام المحكمة حال المرافعة

قيام العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء:

يقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل كتعيين حارس علي الشئ. غير أنه لا يكفي أن يتم العرض الحقيقي والإيداع وفقا للإجراءات والأحكام المقررة، بل يلزم أن يقبل الدائن هذا العرض أو يستصدر المدين حكما بصحة العرض والإيداع. فإن قبل الدائن العرض تعي عليه إعلان المدين بهذا القبول ليصبح العرض ملزما للمدين فلا يجوز له الرجوع فيه "م٤٩٣ مرافعات" أما قبل وصول الإعلان، فيجوز للمدين الرجوع في عرضه واسترداد ما أودعه "م٤٩٢ مرافعات" فإن لم يقم الدائن بهذا الإعلان رغم قبوله العرض، فإن المودع لديه يعلن المدين رسميا بعزمه علي تسليم الشئ المودع إلي الدائن قبل حصوله بثلاثة أيام علي الأقل حتى يتقدم بما يكون لديه من اعتراضات إن وجدت وفي هذه الحالة يمتنع المودع لديه عن التسليم حتى يتم الفصل في هذا النزاع، أما إن لم يعترض المدين سلم الشئ للدائن، بعد خصم مصاريف الإيداع، علي أن يقدم الدائن للمودع لديه صورة محضر الإيداع المعلنة إليه مع مخالصة بما قبضه "م٤٩١ مرافعات". ويتم إعلان المدين في موطنه الأصلي أو المختار المتعلق بتنفيذ العقد مع إضافة ميعاد مسافة بالنسبة للإعلان الذي يقوم به المودع لديه لأن هذا الإعلان محدد له أجل. فإن قام المودع لديه بتسليم الشئ للدائن دون إعلان المدين أو في أقل من الأجل المحدد، كان للمدين أن يرجع في العرض ويلزم الدائن علي رد الشئ ما لم يكن له الحق في حبسه (أنور طلبه ص٣١٠)

أما إذا لم يقبل الدائن العرض الحقيقي والإيداع جاز للمدين استصدار حكم نهائي بصحة العرض والإيداع وفي دعوى صحة العرض والإيداع، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أي إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة علي النحو الذي قدمناه، ولا يقتصر الأمر علي إيداع المعروض وحده، بل يجب أن يعرض مع فوائده التي استحقت إلي يوم الإيداع، وقد وردت هذه الأحكام في الفقرة الأولي من المادة ٤٩٠ من تقنين المرافعات، إذ تنص علي أنه: "لا يحكم بصحة العرض الذي لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التي استحقت لغاية يوم الإيداع". ويجوز للدائن أن يطلب الحكم ببطلان العرض والإيداع، كما له أن يرفع دعوى مبتدأة بهذا البطلان، فإن قضي بالبطلان زالت كافة آثار العرض، أما إن حكم نهائيا بصحته، برئت ذمة المدين اعتبار من يوم العرض وليس من يوم الإيداع أو الحكم، وألزم الدائن بمصاريف الدعوى ومصاريف العرض والإيداع، وتخصم من الدين إذ ليس للمدين أن يستنزلها من الدين عند إيداعه، بل يجب عليه إيداعه كاملا، وتحكم المحكمة مع صحة العرض والإيداع ببراءة ذمة المدين من يوم العرض (م٢/٤٩٠ مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت الشروط التي قيد بها العرض الحقيقي والإيداع ليس فيه ما يخالف النظام العام أو يتنافي مع مقتضي ومرمي الصلح الذي تم بين الطرفين بل هي شروط يستلزم الدين المعروض ولا تخالف طبيعة العرض، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية-بأسباب سائغة-إلي أن رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا كان بغير مبرر وأن الإيداع الذي تلا هذا العرض كان صحيحا وتم وفقا للقانون فإنها إذا اعتبرت ذمة المدين قد برئت من المبلغ المودع-الذي التزم به في عقد الصلح-تكون قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا" (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ق السنة ١٨ ص٢١٥ جلسة ١٩٦٧/١/٢٦، الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق س٣٠ ع١ ص٣٨٥ جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)، وبأنه "العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ المعروض-علي ما تقضي به المادة ٣٣٩ مدني والمادة ٧٨٩ من قانون المرافعات-إلا إذا تلاه إيداع المبلغ خزانة المحكمة-وإذا كان المطعون عليهم قد اكتفوا بعرض المبلغ علي الطاعن بالجلسة فرفض قبول هذا العرض، ولم يقوموا بإيداع المبلغ المعروض فإنهم لا يكونون قد أوفوا بكل الباقي من الثمن للطاعن" (الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٥ق السنة ٢١ ص٣٤٤ جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

وبأنه "الشرط الذي يجعل العرض والإيداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق في فرضه، ومن ثم فإن إيداع المشتري باقي الثمن مع اشتراط عدم صرفه للبائع إلا بعد التوقيع علي العقد النهائي طبقا لنصوص عقد البيع لا يؤثر علي صحة العرض والإيداع ويبرئ ذمته من باقي الثمن" (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق السنة ٣٠ ع١ ص٣٨٥ جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)، وبأنه "المادة ١/٤٨٨ من قانون المرافعات استلزمت إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله إنما يقتصر علي حالة الإيداع التي يسبقها إجراء العرض الحقيقي بإعلان الدائن علي يد محضر دون حالة الإيداع المباشر التي لم يستلزم المشرع بالنسبة لها لهذا الإجراء أو أي إجراء آخر مماثل" (الطعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٨٣/٩/٢٨، جلسة ١٩٨٣/١/٢٤ السنة ٣٤ ص١٦٧١، جلسة ١٩٦٢/٢/٢١ السنة ١٣ ص٢٨٥)، وبأنه "العبرة في تحديد المقدار الدين يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضي، وإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلي أن ما عرضته مورثه المطعون عليهم علي البنك الطاعن يكفي للوفاء بكل ما هو مستحق له في ذمتها، فإن قيام المورثة بإيداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولا بالصيغة التنفيذية، ومؤشرا عليه بالتخالص يكون قد تم طبقا للقانون، وإذ قضي الحكم المطعون فيه بصحة العرض والإيداع الحاصلين بشأنه فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا" (الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ق السنة ٢٣ ص٢١١ جلسة ١٩٧٢/٢/٧)، وبأنه "إذا كان المطعون ضده الأول "المشتري" قد أودع باقي الثمن علي ذمة الطاعنة وسائر البائعين وطالما أن الإيداع لم يكن في ذاته محل اعتراض، فإن ذمة المطعون ضده تبرأ بإيداع المستحق من الثمن علي ذمة البائعين جميعا لأن الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة، وللطاعنة أن تستأدي حصتها من الثمن المودع وفقا للإجراءات المقررة قانونا" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٧٨١ جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩) وبأنه "يشترط لقيام العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر" (مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٤٣ جلسة ١٩٦٧/١/٩، الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)، وبأنه "متى كان المشتري قد أورد بصحيفة دعواه التي أقامها ضد البائع "أنه عرض علي البائع القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقيا بأعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة لذمة المعلن إليه علي أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا إجراءات وأعلن بمحضر الإيداع في ذات اليوم وأن يحق للطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع "فإن هذا الذي أسس عليه المشتري دعواه يتضمن حتما طلبه القضاء بصحة العرض والإيداع، فإذا ذهبت المحكمة إلي أن العرض وتطلبت المحكمة أن يحصل المشتري لا يعتبر مبرءا لذمته من القسط الذي حل ميعاده لأن البائع رفض العرض وتطلبت المحكمة أن يحصل المشتري علي حكم سابق بصحة العرض والإيداع، ولم تقم اعتبار للطلب الموجه بالدعوى المرفوعة أمامها من المشتري بحسبانه طلبا سابقا علي طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وحجبت نفسها بذلك عن بحث طلب صحة العرض والإيداع الذي تضمنته صحيفة دعوى المشتري" (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٣٣ق السنة ١٨ ص١٨٥ جلسة ١٩٦٧/١/٢٤)، وبأنه "إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين لم تتمسكا ببطلان الإيداع ولم تقدما الدليل علي سبق تمسكها به أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض" (الطعن رقم ١٠٣٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٤/٦)، وبأنه "مفاد النص في المادة ٤٩٠ من قانون المرافعات والمادة ٣٣٩ من القانون المدني أنه إذا قبل الدائن العرض أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء وبرئت ذمة المدين من يوم العرض" (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ق س٣٨ ع١ ص٤٣٩ جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)، وبأنه "المقرر أن مصروفات العرض والإيداع تكون علي الدائن إذا حكم بصحة العرض والإيداع وكان الأخير متعسفا في عدم قبول العرض بأن رفضه بغير مسوغ قانوني" (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ق س٣٨ ع١ ص٤٣٩ جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)

وبأنه "العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ المعروض-علي ما تقضي به المادة ٣٣٩ من القانون المدني والمادة ٤٨٩ من قانون المرافعات-إلا إذا تلاه إيداع المبلغ خزانة المحكمة، ولكان كانت الطاعنة قد اكتفت بعرض الشيك علي المطعون ضدها بالجلسات ثم احتفظت به بعد أن رفضت الأخيرة قبول هذا العرض فإنها لا تكون قد أوفت بقيمته للطاعنة" (الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

وقضت أيضا بأن "المشتري لا يكون قد وفي بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع عملا بالمادة ٣٣٠ من القانون المدني القديم-وبدون هذا الإيداع الكامل، لا يمكن تفادي الفسخ المترتب علي عدم قيام المشتري بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضي بفسخ البيع أقام قضاءه علي أن العقار المبيع الذي تسلمه المشتري ينتج ثمرات وأن المشتري قد اقتصر عند الإيداع علي المبلغ الباقي عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتي لا يشترط في استحقاقها المطالبة بها قضائيا أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرر هذا الحكم صحيح في القانون" (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

ومتى برئت ذمة المدين، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء في الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين. وبراءة ذمة المدينين المتضامنين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينين هو أثر نهائي لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائي بصحته، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية، حتى لو رجع المدين في العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدني، إذ تقول: "فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامن" والأصل في ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض، أو حكم بصحته حكما نهائيا، لم يحز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض، ويختص الدائن وحده بالشئ المعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين المرافعات علي هذا الحكم صراحة إذ تقول: "لا يجوز الرجوع عن العرض، ولا استرداد المودع، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائيا" غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه عن عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائي بصحته، فإن قبول الدائن لرجوع المدين في العرض يكون أثره مقصورا علي العلاقة فيما بينه وبين المدين، ولا يجاوز ذلك إلي الغير من شركاء في الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية علي العقار المرهون في الدين، فهؤلاء يفيدون نهائيا من براءة ذمة المدين، ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ويحق لأصحاب الرهون التالية في المرتبة للدائن الذي برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد بالرهن الذي كان متقدما علي رهونهم وكان يكفل الدين، أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين، بعد رجوع المدين في العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع، فإن الدين الذي كان معروضا ينقضي بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائيا بصحته، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض، فإن ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذي انقضي، وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون فلابد من الاتفاق علي ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لا قبل ذلك (السنهوري ص٦٠٥ وما بعدها).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي "ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له، أو حكم بصحته، أصبح لازما وامتنع الرجوع فيه، ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء، ويستند أثره إلي الماضي، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ وقت إعلان الإيداع) وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت، علي أن للدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضه الحقيقي بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائيا، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم" (مجموعة العمال التحضيرية ٣ ص٢٠٩-ص٢١٠).

القضاء بصحة العرض والإيداع أو عدم صحته قد يكون صريحا وقد ضمنيا:

قد يصدر الحكم بصحة العرض والإيداع في دعوى قائمة بناء على طلب المدين الصريح أو الضمني وحينئذ يصدر الحكم في الدعوى منطويا على قضاء صريح أو ضمني بصحة العرض والإيداع أو بعدم صحته،مثال ذلك أن يرفع المشتري دعوى بصحة ونفاذ عقد البيع وينوه في صحيفتها أنه قام بعرض باقي الثمن علي البائع فرفض قبوله فأودعه خزينة المحكمة، أو أنه قام بإيداع باقي الثمن خزينة المحكمة مباشرة دون عرضه علي البائع لإخلال الأخير بالتزاماته المقابلة. فإذا طلب المشتري الحكم بصحة العرض والإيداع وبصحة ونفاذ عقد البيع، كان ذلك طلبا صريحا بصحة العرض والإيداع، أما إذا قصر طلباته، بعد السرد المتقدم، علي الحكم بصحة ونفاذ العقد، انطوي ذلك علي طلب ضمني بصحة العرض والإيداع، وحينئذ تتصدي المحكمة لصحة العرض والإيداع صراحة أو ضمنا،فإذا قضت بصحة ونفاذ العقد،انطوى ذلك على قضاء ضمني بصحة العرض والإيداع،أما إذا قضت برفض الدعوى وضمنت أسباب حكمها عدم الوفاء بكامل الثمن أو أن العرض تم بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح، انطوي ذلك علي قضاء ضمني بعدم صحة العرض والإيداع (أنور طلبه ص٣١٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المشتري قد أورد بصحيفة دعواه التي أقامها ضد البائع "أنه عرض علي البائع القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقيا بأعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة علي ذمة المعلن إليه علي أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا إجراءات وأعلن بمحضر الإيداع في ذات اليوم وأنه يحق لطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع فإن هذا الذي أسس عليه المشتري دعواه يتضمن حتما طلبه القضاء بصحة العرض والإيداع، فإذا ذهبت المحكمة إلي أن العرض والإيداع الحاصل من المشتري لا يعتبر مبرئا من القسط الذي حل ميعاده لأن البائع رفض العرض، وتطلبت المحكمة أن يحصل المشتري علي حكم سابق بصحة العرض والإيداع ولم تقم اعتبارا للطلب الموجه بالدعوى المرفوعة أمامها من المشتري بحسبانه طلبا سابقا علي طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، وحجبت نفسها بذلك عن بحث طلب صحة العرض والإيداع الذي تضمنته صحيفة دعوى المشتري" (الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٤).

وجود شرط فاسخ بالعقد لا يحول دون صحة العرض والإيداع:

ولا يحول وجود الشرط الفاسخ الصريح بالعقد دون صحة العرض والإيداع ولو بعد الميعاد المقدر للوفاء متى أسقط الدائن حقه في هذا الشرط بقبوله قسطا وفاء جزئيا بعد الميعاد المحدد لذلك، إذ يجب لإعمال موجب الشرط الفاسخ الصريح أن يتمسك به الدائن فور إخلال المدين بالميعاد المحدد للوفاء والذي اتفق علي الفسخ عند الإخلال به، بحيث إذا لم يقم المدين بالوفاء في الميعاد المحدد ولم يتمسك الدائن بالفسخ وإنما قبل الوفاء، فإنه يكون قد تمسك بتنفيذ العقد وبالتالي أسقط حقه في الشرط الصريح (أنور طلبه ص٣١٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "قبض الورثة باقي الثمن بعد الموعد المحدد في العقد للوفاء به مما قد يعد تنازلا منهم عن الشرط الصريح الفاسخ المتفق علي تحققه بمجرد عدم الوفاء بباقي الثمن في الموعد المحدد لذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلب صحة التعاقد علي سند من انفساخ العقد قولا بتحقق الشرط الصريح الفاسخ بمجرد عدم الوفاء بالثمن في الموعد المتفق عليه ورتب علي ذلك اعتبار الوفاء اللاحق وفاء لما ليس مستحقا حاجبا بذلك نفسه عن بحث أثر هذا الوفاء في التنازل عن الشرط، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧).

جواز رجوع المدين في العرض والإيداع:

يجوز للمدين الرجوع في العرض والإيداع أو ما يماثله وذلك في حالتين: (الأولي) إذا كان الدائن لم يقبل العرض، أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته. وإذا رجع المدين في العرض والإيداع، فإنه لا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامن. وقد أجازت له المادة ٤٩٢ مرافعات في هذه الحالة أن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه متى أثبت أنه أخبر دائنة علي يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضي علي إخباره بذلك ثلاثة أيام ، (الثانية) إذا كان رجوعه في العرض بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحة العرض ولكن الدائن قبل منه هذا الرجوع ففي هذه الحالة أيضا يكون رجوع المدين صحيحا ويصبح العرض والإيداع كأن لم يكن. ولكن ليس للدائن بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين.

الآثار المترتبة علي رجوع المدين في العرض:

إذا رجع المدين في العرض قبل قبول الدائن أو قبل صدور حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، كان هذا الرجوع صحيحا، فيصبح العرض والإيداع كأن لم يكن ويتحمل المدين مصاريف العرض والإيداع وتظل ذمة المدين مشغولة بذات الدين وتبقي له تأمينات كما يظل المدينين المتضامنين مسئولين عن الدين (أنور طلبه ص٥٣١)، أما إذا كان رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم بصحته، وكان الرجوع بموافقة الدائن، فقد رأينا أن المدينين المتضامنين والشركاء في الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم، وأن التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين تزول. ويجوز، بعد رجوع المدين في العرض وقبل استرداده للشئ المعروض من خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس، أن يوقع دائنون-ومنهم نفس الدائن الذي كان الدين معروضا عليه-الحجز علي هذا الشئ، أما قبل رجوع المدين في العرض، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين أن يوقعوا الحجز علي الشئ المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير مشاركة الغرماء، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته (السنهوري ص٦٠٨)، ويتم الرجوع بإجراء مماثل للإجراء الذي تم بموجبه الإيداع، فإن كان الإيداع قد تم بأمر من قاضي الأمور الوقتية، فإن الرجوع يتم بأمر مماثل بشرط توافر الشروط التي تطلبتها المادة ٤٩٢ من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإيداع الحاصل علي ذمة أحد دائني المدين لا يخرج به المبلغ المودع من ملكية المودع إلا بقبول الدائن له فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذي أودعه أية جهة أخرى" (نقض ١٩٣٨/٤/٢٨ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٩).

انقضــاء الإلتــزام بمـا يعـادل الوفـــاء:

(١) الوفاء بمقابل :

مناط الوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يستعيض الأول عن محل الالتزام الأصلي المستحق، بنقل ملكية شيء آخر إليه (محمد كمال عبد العزيز – التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ص١٠٥١). مثال ذلك أن يكون المدين ملتزماً قبل الدائن بمبلغ من النقود فيعطيه مقابلاً له عقاراً أو منقولاً، فيتم الوفاء في هذه الحالة بمقابل هو العقار أو المنقول اعتياضاً عن النقود. أو يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية عقار معين فيعتاض الدائن عنه بعقار آخر. والاتفاق على الوفاء بمقابل، ليس عقداً لأنه لا يرتب التزاماً، وإنما هو وفاء يقضي التزام المدين ولا يتم إلا بالوفاء الفعلي بالمقابل (أنور طلبة ص٣٥٣).

شروط تحقق الوفاء بمقابل :

(١) الاتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر: فيشترط أن يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي الوفاء بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن. وقد يكون محل الالتزام الأصلي إعطاء أو عملاً أو امتناعاً عن عمل. كأن يقبل الدائن سيارة معينة عوضاً عن الالتزام برسم صورة أو أرضاً زراعية عوضاً عن التزام المدين بنقل ملكية منزل معين. أو مبلغاً نقدياً عوضاً عن التزام المدين بعدم المنافسة خلال مدة معينة. ويتعين أن تلتقي إرادة الطرفين على ذلك، وأن تتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين وأن تتوافر في المدين فوق أهلية الوفاء بالدين الأصلي أهلية التصرف في الشيء الذي ينقل ملكيته بديلاً عن المحل الأصلي، كما يتعين أن تخلو إرادة الطرفين من عيوب الرضا، أما المحل فيشترط فيه شرطان أولهما أن يكون شيئاً غير داخل في نطاق الالتزام الأصلي ومن ثم لا ينطوي الالتزام التخييري أو البدلي على وفاء بمقابل، وثانيهما أن يكون نقل ملكية أي إعطاء شيء، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل (محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

(٢) تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن: ولا يكفي الاتفاق على مقابل الوفاء، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن فإذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح، وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن، وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات، أو كان داراً أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن. وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد، ففي التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم، فينقضي الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد أما في الوفاء بمقابل فلا يكفي قيام الالتزام الجديد، أي الالتزام بنقل الملكية، بل يجب تنفيذه أي نقل الملكية فعلاً إلى الدائن، فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية يحل محل الالتزام الأصلي، فإنما يكون ذلك تحديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (السنهوري ص٦٤٨).

إثبات الوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابل، كاتفاق، هو تصرف قانوني، فيخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فتلزم الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان المقابل تجاوز قيمته نصاب البينة، وإن كان لا يجوز الاستناد إلى واقعة مادية لإثبات تصرف قانوني بالاستناد إليها، فإن واقعة وجود المقابل في حيازة الدائن بتسليمه إياه، لا يصح اعتبارها دليلاً على الوفاء بمقابل إذ لا يثبت هذا الوفاء متى جاوزت قيمته هذا النصاب إلا بالكتابة ولذلك لا يجوز اللجوء إلى القرائن في هذا الإثبات (أنور طلبة ص٣٥٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقداً يجب أن يكون حاصلاً باتفاق الطرفين (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك منجزاً نافذاً غير قابل للعدول عنه، فإذا كان الوفاء المدعى به هو من طريق الوصية بغير اتفاق بين الموصي والموصى له الذي يدعي الدين فإن هذا التصرف الذي هو بطبيعته قابل للعدول عنه في حياة الموصى لا يتحقق به شرط الوفاء بالدين قانوناً وعلى ذلك فإذا دفع الوارث الموصى له دعوى بطلان الوصية بأن الوصية لم تكن تبرعاً بل كانت بمقابل هو وفاء الديون التي كانت له على الموصى واستخلصت محكمة الموضوع من عبارات التصرف ذاته ومن الظروف والملابسات التي حرر فيه أنه كان مقصوداً به التمليك المضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فقضت ببطلانه وحفظت للموصى له حقه في مطالبة التركة بدينه المتنازع عليه إذا شاء بدعوى مستقلة فليس في قضائها بذلك خطأ في تطبيق القانون" (نقض ١٩٤٣/٤/١ جـ١ في ٢٥ سنة ص ٢٨٠).

التكييف القانوني للوفاء بمقابل :

الرأي السائد في الفقه إلى أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية. فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد للالتزام. فالالتزام السابق ينقضي ويحل محله التزام جديد يختلف عنه في محله. والالتزام السابق ينقضي بكل ملحقاته وضماناته. والوفاء بمقابل هو في نفس الوقت وفاء بالالتزام الجديد عن طريق نقل ملكية الشيء الذي استعيض به عن الشيء المستحق أصلاً. ولابد أن تنتقل الملكية فعلاً حتى يمكن اعتبار ما تم بين الدائن والمدين وفاء بمقابل. فإذا لم تنتقل الملكية فعلاً فيكون ما تم هو فقط تجديد للالتزام السابق، وهو سبب مستقل من أسباب انقضاء الالتزام، ولكنه سبب مختلف عن الوفاء بمقابل الذي هو تجديد وفاء في نفس الوقت (السنهوري ص ٧١٧ وما بعدها ، إسماعيل غانم ص ٤١٣ وما بعدها – سمير عبد السيد تناغو ص ٣٤٦ وما بعدها).

الأحكام التي تسري على الوفاء بمقابل :

رأينا أن المادة (٣٥١) مدني قد نصت على أنه "يسري على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ويسري عليه، من حيث أنه يقضي الدين، أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات". فيتبين من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام، فتسري عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية، وتسري عليه أحكام الوفاء باعتبار أنه يقضي الدين.

(٢) التجــديد والإنابـــة :

أولا: تجديد الإلتزام :

وتجديد الالتزام هو عقد ينقضي بموجبه التزام قائم وينشأ التزام جديد يحل محل الأول ويكون مخالفاً له في المحل أو في شخص الدائن أو شخص المدين. ومن هذا يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في وقت واحد (عبد المنعم البدراوي ص ١٢٧ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٨٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الاستبدال المنصوص عليه في المادتين ١٨٦، و ١٨٧ من القانون المدني القديم هو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وأن يحلا محله التزاماً آخر جديداً يختلف عن الأول بأحد عناصره المهمة – العاقدان أو الموضوع أو السبب – ولا يصح استنباط الاستبدال أو افتراضه بل يجب أن تظهر نية العاقدين في القضاء على الالتزام السابق وفي إحلال الالتزام الجديد محله ظهوراً واضحاً" (الطعن ٣٢٠ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س ٨ ص٦٤٣).

كما قضت محكمة استئناف مصر بأن "استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحلا محله التزاماً آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : العاقدين أو الموضوع أو السبب القانوني ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التي تطرأ على قيمة الالتزام أو أجله أو طريقة الدفع، أو التأمينات أو شكل العقد بان كان العقد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس، لا تكفي لإحداث الاستبدال القانوني (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧) إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩).

الأهلية اللازمة للتجديد:

يجب أن يتوافر في طرفي اتفاق التجديد الأهلية اللازمة لإبرامه. والأهلية اللازمة في التجديد هي أهلية التصرف، إذا أن التجديد من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن. وعلى ذلك فإن أهلية الإدارة لا تكفي للاتفاق على التجديد.

أحوال التجديد :

سبق أن ذكرنا أنه يشترط في تجديد الالتزام أن يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم، وأن هذه المغايرة، إما أن تكون بتغيير الدين، أو بتغيير الدائن، أو بتغيير المدين. وهذه الأحوال نص عليها صراحة في المادة ونعرض لهذه الأنواع بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: التجديد بتغيير المحل أي الدين أو بتغيير مصدره: لابد في هذه الصورة من أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في محله أو مصدره. ويكون تغيير المحل بتغيير ذاتية المحل بأن يكون محل الالتزام الجديد منقولاً أو عقاراً، في حين كان محل الالتزام القديم نقوداً أو العكس، أو يكون محل الالتزام الجديد مبلغاً مقطوعاً في حين كان محل الالتزام القديم إيراداً مرتباً أو العكس، أو تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخييري أو العكس، كما يكون التجديد بتغيير طبيعة المحل بأن يكون الالتزام الجديد تجارياً بدلاً من أن كان محل الالتزام القديم مدنياً أو العكس، ولا يلزم تعادل قيمة محل الالتزام الجديد مع قيمة محل الالتزام القديم. أما إدخال تعديل على محل الالتزام القديم فلا يعتبر تجديداً إلا إذا صرح الطرفان بذلك أو كان تعديلاً جوهرياً كتعليق الالتزام المنجز على شرط واقف أو فاسخ أو العكس، أما مجرد إضافة أجل، أو مد أجل أو إلغاؤه أو إضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين عيني أو شخصي أو إلغاؤه أو تعديل مكان الوفاء أو زمانه أو سعر الفائدة أو تعديل مقدار الدين بالزيادة أو النقصان أو الصلح مع المفلس أو تغييراً لذاتية المحل أو طبيعة أو تعديلاً جوهرياً فيه ومن ثم لا يعتبر تجديداً إلا إذا صرح الطرفان بذلك ويكون التجديد بتغيير مصدر الالتزام عقد القرض بدلاً من أن كان عقد البيع (يراجع في ذلك كله السنهوري بند ٤٩٠ و ٤٩١ وهامشهما - جمال زكي بند ٥٨٥ - غانم بند ٤٢٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الاتفاق الذي عقد بين المشتري والبائع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض معلقاً على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أطيانه رهناً تأمينياً في المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضماناً لوفائه بدين القرض وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذي علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام القديم وهو التزام المشتري بدفع باقي الثمن على أصله دون أن ينقضي واعتبار التجديد كأن لم يكن" (نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٢٩)

وبأنه "السند الذي يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابي المستقل عن الورقة التجارية الذي يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذي يتضمنه بغير حاجة إلى الاستعانة بالورقة التجارية التي حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزماً بمقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً لميعاد استحقاق الورقة حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذي يبدأ من اليوم التالي لتاريخ الاستحقاق" (نقض ١٩٧٠/٦/١١ طعن ٢٨ س ٣٦ق)، وبأنه "تجديد الالتزام بتغيير موضوعه وفقاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٣٥٢ من القانون المدني هو عقد يتفق فيه الطرفان على انقضاء التزام سابق وأن يحلا محله التزاماً آخر يختلف عن الأول في محله أو في مصدره، واستخلاص تجديد الالتزام أمر موضوعي يستقل به قاضي الموضوع متى كانت الأسباب التي أقامت عليها المحكمة حكمها من شأنها أن تؤدي إلى القول بذلك" (نقض ١٩٨٢/٦/٧ طعن ٥٠١ س ٤٤ق).

ثانياً: التجديد بتغيير المدين: لابد في هذه الصورة أن يحل مدين جديد بدلاً من المدين القديم، فلا يكفي أن ينضم مدين جديد إلى المدين القديم سواء بصفته مديناً متضامناً أو كفيلاً. ولابد فيه من رضاء كل من الدائن والمدين الجديد وأن ينصب هذا الرضاء على براءة ذمة المدين القديم من التزامه القديم ونشأة التزام جديد في ذمة المدين الجديد. والتجديد يتم بأحد الطريقين اللذين حددتهما المادة، فإن تم باتفاق بين الدائن والمدين الجديد لم تكن هناك حاجة إلى رضاء المدين القديم، أما إذا تم اتفاق المدين القديم والمدين الجديد فلابد من رضاء الدائن. ولابد في هذه الصورة أن ينصب اتفاق المدين القديم والمدين الجديد على انقضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد أما إذا انصب على مجرد انتقال الالتزام القديم إلى ذمة المدين الجديد كان ذلك حوالة دين وليس تجديداً. وكذلك الشأن إذا انصب اتفاق الدائن مع آخر على أن ينتقل إليه ما له من حق في ذمة مدينه ورضى الأخير بهذا الاتفاق لم يكن ذلك تجديداً بل حوالة حق قبلها المدين . (السنهوري بند ٤٩٣ - غانم بند ٢٤٢ - جمال زكي بند ٥٨٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "تجديد الالتزام بتغيير المدين وفقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني يتم إما باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي أن يكون هو المدين الجديد" (الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨)، وبأنه "تجديد الالتزام بتغيير المدين يتم طبقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني بغير حاجة لرضاء المدين الأصلي ومتى كان لا حاجة لهذا الرضاء لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه فإن علم المدين الأصلي بالتجديد لا يكون لازماً لحصوله" (الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣).

ثالثاً: التجديد بتغيير الدائن: ويتم إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون الأخير هو الدائن الجديد، فيلزم اتفاق كل من هؤلاء على انقضاء التزام المدين قبل الدائن الأصلي ونشوء التزام جديد بين المدين وبين الدائن الجديد، ويجب أن تثبت صفة الدائن لهذا الأجنبي فلا يعد تجديداً إن كان الأجنبي ليس إلا وكيلاً في القبض (أنور طلبة ص ٣٦٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وإن الإدعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل وركن الحكم في ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإنه لا يجدي الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله" (جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٣ ص ١٠١٢).

يشترط لصحة التجديد خلو الالتزامين القديم والجديد من أسباب البطلان:

التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام، ولذلك يجب أن يوجد التزام يرد عليه التجديد. ومتى انعقد التجديد، نشأ بموجبه التزام جديد بدلاً من الالتزام الذي قضاه. ويجب أن يرد التجديد على التزام صحيح وإلا كان التجديد باطلاً (أنور طلبة ص ٣٦٤) فإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأي سبب من سباب البطلان، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً في هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج في الأصل أثراً فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "التجديد لا يرد على العقد الباطل، وإذا كان ما قرره الحكم بشأن مثل هذا التجديد زيداً يستقيم الحكم بدونه، فإن النعي عليه في هذا الصدد يكون غير منتج ولا جدوى منه" (الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ س ٢٥ ص ٣٥٨)، وبأنه "إذا كانت المادة ١/٣٥٢ من القانون المدني تفترض في التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه، فإذا كان الالتزام القديم باطلاً امتنع أن يكون محلاً لتجديد لأنه بات التزاماً معدوماً في نظر القانون" (الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ س ٢٩ ص ١٠٣١).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال، لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام يكون صحيحاً بل يبقى مهدداً بالإبطال، فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم، فانعدم لذلك الالتزام الجديد، وبطل التجديد. على أن الفقرة الثانية من المادة ٣٥٣ مدني أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتي: "أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله" فإذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر، فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد، فينقلب الالتزام القديم صحيحاً ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد، فيحل محل الالتزام القديم، ويتم التجديد وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد بأن يكن العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب، فيبقى التجديد كما قدمنا، مهدداً بالإبطال ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب، فينقلب العقد صحيحاً، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد، وقصد إجازة العقد، سواء قارن التجديد أو أعقبه، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن، وهي نية موكول كشفها لقاضي الموضوع، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض (السنهوري ص ٦٦١)

وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد، من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٤٧- ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٦ م٣ ص ٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣)، ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطي للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون، إذ هو لم يدخل في تقديره وقت الاستبدال ولم يحصل تقصير منه في عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠)

وإذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، فإن هذا الشرط ينصرف إلى تجديد هذا الالتزام، فإن كان الشرط واقفاً وتحقق أو كان فاسخاً وتخلف، أصبح التجديد باتاً، أما إن لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، زال الالتزام بأثر رجعي وتبعه بطلان التجديد لتخلف سببه ما لم يقصد الدائن والمدين إلى اعتبار التجديد باتا سواء تحقق الشرط أو تخلف (أنور طلبة ص ٣٦٥) وإذا انقضت مدة التقادم في التزام معين، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً ويجوز تجديده، ويعتبر التجديد نزولاً عن حق التمسك بالتقادم، أما بعد التمسك بالتقادم فإن الالتزام يسقط ويتخلف عنه التزام طبيعي، لا يكون قابلاً للتجديد ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدني (السنهوري ص ٦٦٥) ولما كان التجديد يقضي التزاماً قائماً فهو ينشئ آخر في ذات الوقت ومن ثم يجب ان يكون عقد التجديد صحيحاً حتى يصح الالتزام الجديد. فإن كان باطلاً انتفى التجديد واعتبر كأن لم يكن فيظل الالتزام الأصلي على ما كان عليه قبل التجديد. أما إن كان قابلاً للإبطال فإن مصير التجديد يبقى مهدداً؛ فإذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال زال الالتزام الجديد وعاد الالتزام القديم بأثر رجعي إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن؛ أما إذا أجيز عقد التجديد فقد انقلب عقد التجديد صحيحاً وبقى الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل محل الالتزام الجديد وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ظل التجديد معلقا على هذا الشرط فإن تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبح إنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات، أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي، ويعتبر التجديد كأن لم يكن (السنهوري ص ٦٦٣).

نيــة التجديــد :

فالتجديد لا يفترض؛ بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف. فليس أي تغيير في الالتزام القديم يكفي لإظهار نية التجديد ونية التجديد لا تفترض إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس، فلابد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة في العقد، أو في القليل لابد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها، وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد، فإن الشك يفسر ضد التجديد، ولا يعتبر أن هناك تجديداً (السنهوري ص ٦٧٥)

فإذا كان التغيير في المحل أو السبب فقد يكون ذلك بقصد التجديد وقد يكون بقصد ضم دين جديد للدين القديم أو اختيار طريقة أخرى للوفاء، وإن كان التغيير في شخص الدائن أو المدين فقد يكون ذلك بقصد التجديد وقد يكون بقصد تعيين وكيل للاستيفاء أو للوفاء. ولا يكفي للقول بوجود نية التجديد أن يسلم المشتري إلى البائع كمبيالات بقيمة الثمن حتى يعتبر ذلك تجديداً للثمن بقرض، مادامت نية التجديد لم تظهر واضحة بل تعتبر الكمبيالات في هذه الحالة ضرباً من التوثيق له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤ مدني) فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين في الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقي تنازلاً معلقاً على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء في ميعاد معين، بحيث إذا لم يتم السداد في الميعاد عاد للدائن حقه في مطالبة المدين الأصلي بجمي الدين، وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلي فإن الاتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى الأصلي ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا أوفى أحدهما الدين، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد في هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد" (الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ س ١٣ ص ٥٢٨)

وبأنه "كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يقتضى ان ينص صراحة في العقد على التجديد بل أنه يقوم أيضاً - وعلى ما تقرره تلك المادة - إذاا كان يستخلص بوضوح من الظروف" (نقض ١٩٦٥/٥/١٣ س ١٦ ص ٥٨٣ ونقض ١٩٨١/١٢/٣١ طعن ٧٣٥ س ٤٨ق)، وبأنه "لما كان استبدال الدين يتم بإحلال التزام جديد محل التزام قديم بنية التجديد وكان الطرفان قد حرصا في الإقرار موضوع الدعوى على نفي نية الاستبدال نفياً تاماً فنصا على ذلك صراحة في صلب الاتفاق كما نصا على استبقاء وصف الدين كدين إيجار وهو سبب الالتزام الأصلي وما أعقبه من إجراءات قضائية وما صحبه من تأمينات وكان من شأن بقاء سبب الالتزام الأصلي أن يظل لوصف دين الأجرة قائماً لا يؤثر فيه التعهد بالوفاء الذي اقترن به الإقرار مادام أن هذا الإقرار لم يغير من طبيعة الدين أو يتضمن استبدال دين جديد به ولا يترتب على مجرد زوال صفتي الدورية والتجدد عن دين الأجرة أن يصبح ديناً عادياً خاضعاً للتقادم الطويل كما ذهب الحكم - ذلك أن الدورية والتجدد هما صفتان لاصقتان بدين الأجرة وهما مفترضان فيه ما بقي حافظاً لوضعه ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح في الواقع مبلغاً ثابتاً في الذمة لا يدور ولا يتجدد، لما كان ذلك فإن التقادم الخمسي هو الذي يسري عليه من تاريخ استحقاقه المنصوص عنه في الإقرار" (نقض ١٩٥٣/٣/١٩ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠ق).

ولا يعتبر تجديداً مجرد كتابة سند بدين موجود من قبل :

كأن يكون الدين غير مكتوب، أو أن يحرر سند رسمي بدلاً من سند عرفي، أو أن يحرر ورقة تجارية بدلاً من أخرى فقدت أو أعدمت أو بقصد تقسيط الدين أو تأجيل الوفاء أو أن يستبدل بسند الدين كمبيالة أو سند إذني حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين إذ المفروض أنه أعطى المخالصة مشروطة كسداد الكمبيالة أو السند الإذني، كما لا يعتبر تجديداً تحرير كمبيالات أو سندات إذنية أو شيكات بثمن البيع، ولا سند مستقل بالثمن، ولا إقرار المستأجر بمتجمد الأجرة، ولا إقرار المحكوم عليه بالدين المحكوم به ولو قبل بأنه في حالة عدم تنفيذ الإقرار ينفذ الحكم . (يراجع السنهوري بند ٤٩٧ وهامشه و محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٩٠)

وقد قضت محكمة النقض بان "إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالص بالثمن في عقد البيع، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالا له وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل" (طعن رقم ٧٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢)، وبأنه "إذا كان الاتفاق الذي عقد بين المشتري والبائع - بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض - معلقاً على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر م أطيانه رهناً تأمينياً في المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضماناً لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذي علق الالتزام الجديد على وقوعه أن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشتري بدفع باقي الثمن - على أصله دون أن ينقضي واعتبار التحديد كأن لم يكن" (طعنان رقما ٥٢٣، ٥٢٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)، وبأنه "تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ مدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف" (الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠)، وبأنه "تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته" (طعن رقم ١٩٣٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٦)

وبأنه "إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق، يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمة المدين، هو الالتزام الصرفي، ونشوء هذا الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلي بطريق التجديد طبقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني التي تنص على أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، وأنه بوجه خاص لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، وهو ما يستتبع قيام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأصلي، ويبقى لكل منهما كيانه الذاتي، ومن ثم يصبح للدائن في حالة نشوء الالتزام الصرفي الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلي أو بدعوى الصرف، فإذا استوفى حقه بإحداهما، امتنعت عليه الأخرى، وإذا سقطت دعوى الصرف بسبب إهمال حامل الورقة التجارية أو انقضت بالتقادم الخمسي، ظل الدين الأصلي قائماً، وكذلك الدعوى التي تحميه، ولا يرد على ذلك بأن التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء التي لا ينقصها إلا الإقرار أو النكول عن اليمين، وأن المطالبة بالدين الأصلي بعد انقضاء مدة التقادم الصرفي، مما يتنافر وهذه القرينة التي أقامها القانون، ذلك أن هذه القرينة إنما تتعلق بالدين الصرفي وحده، فتفترض أن هذا الدين قد تم الوفاء به وزالت بانقضائه العلاقة الصرفية، فيعود الوضع إلى ما كان عليه قبل إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لاستقلال كل من الالتزامين" (طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/١/٢١).

كما قضت بأن "تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ مدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف" (طعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠)، وبأنه "لئن كان إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمة المدين هو الالتزام الصرفي إلا أن هذا الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلي بطريق التجديد طبقاً لنص المادة ٣٥٤ من القانون المدني. ذلك أن تجديد الالتزام وفقاً للمادة سالفة الذكر لا يستفاد من سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء وكيفيته لأن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص من الظروف إذ هو أمر موضوعي يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التي أقام عليها حكمه من شأنها أن تؤدي إلى القول بذلك" (الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٩)، وبأنه "مفاد نصوص المواد ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤ من القانون المدني أن التجديد يستلزم وجود التزام سابق يقوم عليه التجديد فيقبضه، وقيام التزام جديد هو الذي يقع عليه التجديد فينشئه، والتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف فتحرير سند بثمن المبيع لا يعتبر تجديداً للدين ينقضي به ويحل محله دين جديد، ولما كان تجديد الدين أمر موضوعي يستقل به قاضي الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التي أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن سند الدين تحرر في ذات يوم تحرير عقد البيع متضمناً ثمن الأطيان المبيعة للمطعون عليها بموجب العقد المذكور بما ينفي تجديد الالتزام سواء بتغيير الدين أو تغيير المدين وهو استخلاص سائغ يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعي يكون على غير أساس" (الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٩، جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٧٠)، وبأنه "السند الذي يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم هو ذلك الصك الكتابي المستقل عن الورقة التجارية الذي يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذي يضمنه بغير حاجة إلى الاستعانة بالورقة التجارية التي حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزماً بمقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً لميعاد استحقاق الورقة التجارية حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذي يبدأ من اليوم التالي لتاريخ الاستحقاق" (جلسة ٩٧٠/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

وبأنه تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا ما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته وينبني على ذلك أنه متى كانت العلاقة بين طرفي النزاع تقوم بصفة أصلية على عقد اتفاق تحررت ببعض الدين الوارد فيه سندات إذنية وتنازل الدائن عن باقيه مع حفظ حقه في الرجوع عن هذا التنازل إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بأي سند منها فإن تحرير هذه السندات لا يعتبر تجديداً للدين والدعوى التي ترفع للمطالبة بقيمتها مع باقي الدين لا تعتبر من دعاوى السندات الإذنية التي قصدت إليها المادة ١١٨ من قانون المرافعات ومن ثم فيتعين عند استئناف الحكم الصادر فيها رفعه بطريق إيداع عريضة الاستئناف في قلم الكتاب طبقاً للمادة ٤٠٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ وإلا كان الاستئناف باطلاً" (جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٢٨١).

كما قضت محكمة أسيوط بأن "مجرد تغيير طريقة الدفع، أو تحرير سند رسمي بدل آخر عرفي أو تأجيل الوفاء، أو تقسيطه، أو ما شابه ذلك، لا يعتبر تجديداً للتعهد، ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام، كما إذا كتب بمتأخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤، أنظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه "لا يعتبر استبدالاً للدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من المدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥).

وقضت أيضاً بأن "التوقيع على كمبيالات أخرى بدلاً من كمبيالات سابقة فقدت أو أعدمت لا يعتبر استبدالاً للدين ينبني عليه زوال التأمينات، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق

وقد محكمة الاستئناف المختلطة بأن "مجرد تغيير سند الدين بكمبيالة أو بسند إذني لا يعتبر تجديداً ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلي فيرد السند الجديد، أو بموجب السند الجديد فيلغي السند الأصلي، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح

ويشترط لإبرام التجديد توافر أهلية التصرف فلا تكفي أهلية الإرادة، كما لا تكفي سلطة الاستيفاء فلا يجوز لمن وكله الدائن في القبض أن يتفق على التجديد؛ لأن التجديد وإن كان يتفق مع الوفاء في القضاء على الدين القديم إلا أنه زيد عليه إنشاء التزام جديد غير أنه بالنسبة إلى الدائن الجديد لا يشترط إلا أن يكون مميزاً ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن القديم أو نزل عن دين له فيشترط عندئذٍ أهلية التصرف. ولمحكمة الموضوع استخلاص قصد التجديد من بين المستندات المقدمة إليها ومن الظروف الملابسة دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت حكمها على أسباب سائغة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "استبدال الدين أمر موضوعي يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التي أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدي إلى القول بذلك" (جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٨ ص ١٥٤٣)، وبأنه "تجديد الدين من مسائل الواقع التي يجب طرحها على قاضي الموضوع" (جلسة ١٩٦٥/٢/١١ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٦ ص ١٥٥)، وبأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وأن الإدعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل في ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها فإنه لا يجدي الطاعنة مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفاءتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله" (جلسة ١٩٤٧/١/٢ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٣ ص ١٠١٢)، وبأنه "استخلاص تجديد العقد، من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع" (نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٢٦).

إثبات نية التجديد :

وإن كان التجديد، باعتباره تصرفاً قانونياً، يخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فإن قصد التجديد لا يخضع لهذه القواعد إذ يكفي استخلاصه من المستندات والظروف ولأنه لا يثار إلا بعد تقديم الدليل على التجديد ثم يجيء بعد ذلك دور القاضي في تفسير المستندات لبيان مدى توافر قصد التجديد - يرى السنهوري أن قصد التجديد يخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات ويقع عبء إثباته على من يدعي التجديد (أنور طلبة ص ٤٨٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "استبدال الدين من الحقائق القانونية التي إن صح القول بأنها لا تفترضك ما نص على ذلك في المادة ١٢٧٣ من القانون المدني الفرنسي، فهي من الحقائق المركبة التي يجوز إثباتها بالقرائن عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة. ولمحكمة النقض الرقابة على التكييف القانوني للظروف والوقائع التي تتألف منها الحقيقة القانونية للاستبدال فإذا رفضت المحكمة الاستبدال المدعى به لأنه يجب إثبات واقعته بالكتابة الصريحة في حصوله ولأن المخالصة المقدمة في الدعوى للتدليل عليه لا تفيد - لا بمعناها ولا بمبناها - حصوله وسكتت مع ذلك عن بيان ما أورده ذوو الشأن في المخالصة من تحريرها وتكييف حقيقة ما تم بينهم في الواقع فإنها تكون قد أخطأت في تفسير القانون ويتعين نقض حكمها" (جلسة ١٩٣٧/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٤١ ص ٢٨١).

تقييد الالتزام في حساب جار لا يُعد تجديداً:

الحساب الجاري عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التي تنشأن عن العمليات التي تتم بينهما بحيث يستعيضان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند نقله (م ١/٣٦١ من قانون التجارة الجديد"وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني تقضي بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره، على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك، ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام، والسبب في ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل إلتزام جديد محل التزام سابق. ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجاري قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذي أجرى تقييده، ومن ثم لا يتم التجديد. ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذي أجرى تقييده في الحساب الجاري، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهي قواعد تقتضيها طبيعة هذه الحسابات تفني ذاتيته باندماجه في الحساب الجاري وصيرورته قلماً من أقلامه في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال (السنهوري ص ٦٧٩)

ومن ثم ينقضي هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده، والذي يحل محله ليس إلتزاماً جديداً فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد الحساب كما قدمنا ولكن عنصر حسابي (article de crédit element de comptabilité) هو الدائنية والمديونية التي يمثلها الالتزام في الحساب الجاري (السنهوري ص ٦٨٠)

أي ان الالتزام الجديد لا ينشأ إلا عندما يقطع رصيد الحساب الجاري ويتم إقراره. ففي هذه الحالة ينشأ التزام جديد وتكون عملية التجديد قد تمت. ففي الحساب الجاري بالذات لا يتعاصر انقضاء الالتزام القديم مع نشأة الالتزام الجديد، على خلاف الأصل في التجديد، بل ينقضي الالتزام القديم بمجرد قيده في الحساب الجاري (السنهوري ص ٧٩٠ وما بعدها)

ويحول القيد دون تقادم الالتزامات المقيدة بالحساب الجاري، أما ما يخضع للتقادم فهو الرصيد، ويتقادم بخمس عشرة سنة من آخر قطع حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بمدد أقل (أنور طلبة ص ٣٧٤)

وكان ينبغي إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص، أن ينقضي هذا التأمين بانقضاء الالتزام، حتى قبل التجديد ولكن النص صريح، كما رأينا في أن التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك. فإذا ما قطع رصيد الحساب الجاري وتم إقراره فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفي الحساب وديناً في ذمة الآخر وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة في الحساب الجاري، ويصبح هذا الرصيد هو التزام الجديد الذي حل محل الالتزامات المقيدة وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذي كان يكفل الالتزام المقيد، والذي رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام، ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به وغني عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب وانقضائه على هذا الوجه (السنهوري ص ٦٨١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحساب الجاري الذي يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متبادلة متصلة بين طرفيه يصير فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر. أما إذا نظم الحساب على أساس أن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر فإن هذا الحساب لا يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة" (جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٩ ص ١١٧)، وبأنه "الحساب الجاري الذي يخضع لقاعدة عدم التجزئة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى، وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر. فإذا كانت محكمة الموضوع قد نفت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة اتجاه نية الطرفين إلى فتح حساب جار بينهما. اتصال العمليات المدرجة فيه ببعضها وتشابكها، وهو ما يلزم توافره في الحساب الجاري وانتهت إلى اعتبار الحساب حساباً عادياً لا يخضع لقاعدة الحساب الجاري وانتهت إلى اعتبار الحساب حساباً عادياً لا خضع لقاعدة عدم التجزئة لا تكون قد أخطأت في القانون أو خالفت الثابت بالأوراق" (جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٠ ص ١٠٣٦).

الآثار المترتبة على تجديد الالتزام:

يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦) ولابد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي كما قدمنا في عنصر من عناصره الجوهرية والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلي، له مقوماته الذاتية وصفاته ودفوعه وتأميناته، فقد يكون الالتزام الأصلي تجارياً، وينشأ الالتزام الجديد مدنياً، وقد يكون الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد، وينتج الالتزام الجديد فوائد، وقد يكون الالتزام الأصلي غير ثابت في سند قابل للتنفيذ، ويثبت الالتزام الجديد في ورقة رسمية فيكون قابلاً للتنفيذ، وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لا شرط فيه ولا أجل، وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول، وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطاله، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع وهكذا (السنهوري ص ٦٨٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا اتفق وارث المدين مع الدائن على أن يحل محل المورث في وفاء باقي الدين وفوائده وتصفية المطلوب من أصل وملحقات وتعيين رصيده وكيفية وفاء هذا الرصيد، واستخلص الحكم من ذلك ومن غيره من وقائع الدعوى وظروفها أنه حصل من ذلك الإقرار استبدال للدين الذي كان في ذمة المورث بدين آخر في ذمة الوارث، فلا معقب عليه في ذلك، وإذا اعتبر الحكم الفوائد السابقة على تاريخ الإقرار جزءاً من الأصل المتفق على أدائه بهذا الإقرار فلا يسقط حق المطالبة بها مع هذا الأصل إلا بالتقادم الطويل، وإذا اعتبر الحكم - بناء على هذا التقرير - مجموع ما اتفق الوارث على أدائه أصلاً رأي مال، وأجرى عليه فوائد التأخير المتفق عليها فلا مخالفة في ذلك للقانون" (جلسة ١٩٤٢/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض لسنة ١ ص ٦٠٥).

ويكفي لنشوء التجديد انعقاده، فينقضي بذلك الالتزام الأصلي زواله وما يتبعه من تأمينات وفقاً للقواعد العامة، إلا أن نص المادة ٣٥٦ خرج على هذه القواعد فأجاز نقل التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد في حالة النص على ذلك قانوناً كما هو الحال في المادة ٣٥٥ أو إذا اتفق الأطراف على ذلك وفقاً للمادة ٣٥٧ أو إذا تبين من الظروف الملابسة أن نية المتعاقدين اتجهت إلى نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد، ويختلف الوضع فيما إذا كانت التأمينات مقدمة من المدين أو مقدمة من الغير (أنور طلبة ص ٣٧٦).

نقل الالتزامات العينية للالتزام الجديد :

لا تنتقل التأمينات العينية التي قدمها المدين إلى الالتزام الجديد إلا باتفاق خاص وعلى نحو لا يؤدي إلى الإضرار بالغير. والمقصود بالتأمينات العينية التي يجوز الاتفاق على نقلها إلى الالتزام الجديد هي التأمينات العينية الاتفاقية التي ارتضاها المدين لكفالة دينه الأصلي، فلا تدخل فيها حقوق الامتياز لأنها تأمينات رتبها القانون على صفة لصيقة بالالتزام، ومن ثم فلا يجوز أن تنتقل بالاتفاق إلى التزام الجديد بل تنقضي بانقضائه بالتجديد، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص لأنه لم يترتب بإرادة المدين بل رتبه القاضي على عقار للمدين بموجب حكم واجب التنفيذ، ومن ثم يزول بالتجديد (السنهوري بند ٥٠٦).

أحكام الاتفاق على نقل التأمينات العينية من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد :

رأينا أن المادة ٣٥٧ مدني قد أوردت أحكام الاتفاق على نقل التأمينات العينية التي قدمها المدين في الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد. وهذه الأحكام هي "١- إذا كان التجديد بتغيير الدين، تم نقل التأمينات باتفاق بين الدائن والمدين في الحدود التي لا تؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير، فإن كان الدين الأصلي ثلاثة آلاف جنيه وكان مضموناً برهن على عقار قيمته خمسة آلاف وكان يوجد رهن آخر على ذات العقار قدره ألف جنيه ونال في المرتبة للرهن الأول لضمان دين قدره ألفا جنيه ثم جدد الدين الأول بدين جديد قدره خمسة آلاف جنيه فإن الاتفاق على نقل التأمين إلى الدين الجديد يجب أن يكون بقدر الدين الأول فقط أي ثلاثة آلاف جنيه حتى لا يضار الدائن صاحب المرتبة التالية إذ يظل محتفظا بحقه في التنفيذ على العقار بمبلغ دينه، فإن اتفق الدائن والمدين على أن يكون التأمين ضامناً لكامل الدين الجديد، كان هذا الاتفاق غير نافذ في حق الغير إلا بقدر الدين الأصلي. ٢- إذا كان التجديد بتغيير المدين، تم انتقال التأمينات باتفاق الدائن والمدين الجديد دون حاجة إلى موافقة المدين الأصلي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة كفيل عيني بالنسبة للدين الجديد. ٣- إذا كان التجديد بتغيير الدائن، فلا تنتقل التأمينات إلا باتفاق كل من المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد (أنور طلبة ص ٣٧٨)

ويشترط لنفاذ الاتفاق على استيفاء التأمينات في حق الغير أن يتم هذا الاتفاق مع التجديد في وقت واحد، وأن يكون تاريخ هذا الاتفاق ثابتا على وجه رسمي، فإذا كان التأمين عقارياً وجب فوق ذلك التأشير بالاتفاق على نقل التأمينات على هامش القيد الأصلي (غانم بند ٢٤٦ – السنهوري بند ٥٠٥)

ولا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلي، فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلي، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذي قبل، وهذا المحظور إنما يتحقق في التجديد بتغير الدين، دون التجديد بتغير المدين أو بتغير الدائن، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدني بأنه إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير" أي في حدود الالتزام الأصلي (السنهوري ص ٦٨٤ بند ٥٠٥)

انتقال الكفالة والتضامن للالتزام الجديد :

قد يكون التأمين الذي يضمن الالتزام الأصلي مقدماً من غير المدين، فيكون الغير كفيلاً عينياً متى كان التأمين رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو كفيلاً شخصياً إن كان قد كفل هذا الالتزام كفالة شخصية دون أن يكون مديناً متضامناً مع المدين. ففي جميع هذه الأحوال لا يجز انتقال التأمين الشخصي أو العيني إلا برضاء الغير الذي رتب هذا التأمين فلا يكفي إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلي، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضاء الكفيل أيضاً فإنه لم يكفل إلا التزاماً بعينه هو الالتزام الأصلي، فحتى يكفل التزاماً غيره، ولو كان أقل قيمة لابد من رضاءه بذلك. وإذا كان الالتزام الأصلي التزاماً تضامنياً، فقد رأينا عند الكلام في التضامن أن المادة ٢٨٦ مدني تنص على أن "يترتب عللا تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم" ورأينا أن باقي المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا في إجراء التجديد لا يكونون متضامنين في الالتزام الجديد إلا برضاهم فإذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصلي، ظلوا جميعاً متضامنين في الالتزام الجديد، أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذي أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين في الدين القديم، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم، فإن هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين، بالالتزام الجديد، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلي بعد حط حصة المدين الذي أجرى التجديد وإذا كان الدائن أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ورفض باقي المدينين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد، فإن التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه، ويظل الالتزام التضامني الأصلي على حاله، أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلي، ولا على أن يتضامنوا في الدين الجديد مع المدين الذي أجرى التجديد، ولم يحتفظ بحقه قبلهم، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط فقد افترض المشروع في المادة ٢٨٦ مدني السالفة الذكر افتراضا معقولا أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من المدين الأصلي لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به، وإذا كان الغير قد قام تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلي أي كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام، أن التأمين الذي قدمه بالمرتبة التي هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه، وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً في المرتبة عن التأمين الذي قدمه لكفالة الالتزام الأصلي، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا في حدود الالتزام الأصلي حتى لا يضار الدائن المتأخر في المرتبة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (السنهوري ص ٦٨٦)

ولا يشترط لنقل الكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن إلى الالتزام الجديد أن يتم الاتفاق على ذلك مع التجديد بل يجوز أن يتم الاتفاق على ذلك بعد التجديد ولكن يشترط ألا يضر ذلك بالغير وهو دائن آخر له تأمين عيني متأخر في المرتبة ومن ثم فإذا لم يتم الاتفاق على نقل الكفالة العينية إلى الالتزام الجديد مع التجديد، فالأصل أن تنقضي الكفالة العينية بانقضاء الدين القديم، فلا يجوز نقلها بذات مرتبتها إلى الالتزام الجديد حتى لا يضار الدائن الآخر الذي تكفل دينه ذات الكفالة (محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٦٥).

ثانيا : الإنابة في الوفاء :

والإنابة في الوفاء هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم المدين الأصلي وهو المنيب، والأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين للدائن ويسمى المناب، ثم الدائن الذي يسمى المناب لديه، والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين، والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائناً للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب. على أنه ليس من الضروري أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المناب مديناً للمنيب. فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقد المناب، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين، وطلب إليه أن يلتزم بإعطاء هذا المال للمناب لديه، ولكن هذا الفرض نادر، إذ يكون المنيب في الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمناب لديه، ويريد عن طريق الإنابة أن يفي بهذا الدين. وقد يكون المناب غير مدين للمنيب ومع ذلك يرضي بأن ينوب عنه في الوفاء بدينه للمناب لديه، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه، وقد يكون متبرعاً فلا يرجع على المنيب ولما كانت مديونية المناب للمنيب ليست حتمية، بل وليست غالبة في العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب لديه، فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدني إبراز هذا الوضع، فنصت كما رأينا على أنه "لا يقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي" أي ما بين المنيب والمناب

الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة:

والإنابة قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين بإحلال الأجنبي المناب محل المدين الأصلي المنيب في الوفاء بالدين إلى الدائن وتسمى في هذه الحالة إنابة كاملة وهذه الإنابة قد تنطوي فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن إذا كان المناب مديناً للمدين وجدد هذا الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلاً من المنيب (محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٦٦)

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين، بل بقي المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب، وصار للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد، المنيب وهو مدينه الأصلي والمناب وهو المدين الجديد، سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة (delegation imparfaite) وهي قاصرة إذ هي لم تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد، والإنابة القاصرة هي التي يغلب وقوعها في العمل، فإن المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب، ويأبى أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً (السنهوري ص ٦٩٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإنابة في الوفاء – على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦٠ من القانون المدني – هي إحدى صورتي تجديد الالتزام بتغير المدين، فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغير المدين بل بقي المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة" (الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨ س ٣٩ ع١ ص١١)

وبأنه تجديد الالتزام بتغير المدين - وفقا للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني - يتم إما باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان الدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد وكانت الإنابة في الوفاء على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩ ، ١/٣٦٠ من القانون المدني هما إحدى صورتي تجديد الالتزام بتغير المدين فإذا لم تتضمن الإنابة تحديداً بتغيير المدين بل بقي المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالدين المطالب به على أن المحكمة تستخلص من ظروف الدعوى وملابساتها أن أمر الدفع الصادر من الشركة المستأنفة - الطاعنة إلى شركة كلنجديل بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤ يعتبر بمثابة إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي" دون أن يبين تلك الظروف والملابسات التي استند إليها في القول بالإنابة القاصرة فإن تلك العبارة المرسلة من شأنها أن تجهل بالأسباب التي قام عليها قضاءه وتعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يعيبه بالقصور في التسبيب ويستوجب نقضه" (الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨)، وبأنه "تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف (مادة ٣٥٤ مدني) فإذا كان الدائن قد تفق مع الغير على حلوله محل المدين في الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقي تنازلاً معلقاً على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء في ميعاد معين بحيث إذا لم يتم السداد في الميعاد عاد للدائن حقه في مطالبة المدين الأصلي بجميع الدين وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلي فإن هذا الاتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي ولا تبرأ ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد في هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجريد" (نقض ١٩٦٢/٤/٢٨ س ١٣ ص ٥٢٨)

ولا يشترط في الإنابة الناقصة أن يكون الدائن المناب لديه طرفاً في الاتفاق عليها بين المنيب والمناب، فيجوز للأخيرين العدول عنها ما لم يقبلها الدائن المناب لديه ولم يشترط القانون لقبوله شكلاً خاصاً ومن ثم يجوز أن يكون بمطالبته المناب مباشرة :

فقد قضت محكمة النقض بأن "لم تستلزم المادة ٢/١٨٧ من القانون المدني القديم والمادة ٣٥٩ من القانون المدني الجديد أن يكون المناب لديه طرفاً في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب كما لم تشترطا للقبول شكلاً خاصاً ولا وقتاً معيناً بل يكفي لقيامها بالنسبة للمناب لديه أن يقبلها مادام لم يحصل العدول عنها من طرفيها، وأذن فإذا كان الطاعنان قد تمسكا بوجود إنابة ناقصة تجيز لهما مطالبة المطعون عليهما بدينهما قبل البائعين لهما استناداً إلى نص وارد في عقد البيع الصادر لهما وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلبات الطاعنين المبنية على نظرية الإنابة القاصرة دون أن يبين سنده في القول بعدم موافقتهما على هذه الإنابة فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه" (الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ س ١٠ ص ١٤٣).

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن فإن تضمنت هذا التجديد كانت كاملة، وإلا فهي قاصرة، أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن، على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً كان التجديد من الجهتين، بتغيير المدين وبتغيير الدائن في وقت واحد (السنهوري ص ٦٩٦).

وقد يقوم الاشتراط لمصلحة الغير مقام الإنابة الناقصة:

ويكفي لتحقق الاشتراط مجرد اتفاق المنيب والمناب دون حاجة لرضاء المناب لديه إلا لجعل الاشتراط لازما خلافا للإنابة إذ يلزم لانعقادها اتفاق المنيب والمناب لديه، وفي الاشتراط يحتج على المشترط لمصلحته بالدفوع المستمدة من عقد الاشتراط أما في الإنابة فلا يحتج على المناب لديه بالدفوع التي للمناب قبل المنيب. وفي الإنابة الناقصة، إذا لم يتم الوفاء، رجع المناب لديه على المنيب بالدعوى الشخصية وهي دعوى الدين وعلى المناب بدعوى الإنابة، ولا تضامن بينهما (أنور طلبة ص ٣٨٣).

الإنابة الكاملة:

إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة وهم المدين والدائن والأجنبي على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً، كان ذلك تجديداً للالتزام بتغيير المدين. ويترتب عليه أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه. وفي هذه الحالة تكون الإنابة كاملة. ومؤدى ذلك أن الإنابة الكاملة تؤدي إلى تجديد الدين بتغيير المدين إذا كان المناب ليس مديناً للمنيب. أما إن كان مديناً له فتمتاز بأنها تقضي دينين قديمين "هما دين المنيب قبل المناب لديه، ودين المناب قبل المنيب" وتحل محلهما ديناً جديدا واحداً هو دين المناب قبل المناب لديه. ومثال ذلك بيع عقار مرهون وإنابة البائع المشتري في دفع الثمن كله أو بعضه إلى الدائن (سليمان مرقص ص ٤٨١) ولأن هذا النوع من الإنابة ينطوي على ذلك التجديد، فإنه يترتب عليه ضياع ما كان للمدين من تأمينات ومزايا الأمر الذي يجعله نادر الوقوع في الحياة العملية.

شروط الإنابة الكاملة:

هناك شرطان يجب توافرهما لقيام الإنابة الكاملة وهما: الشرط الأول: أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً فلا يكون باطلاً أو ناشئاً عن عقد قابل للإبطال وليس في ذلك إلا تطبيقاً لقواعد التجديد حيث يشترط أن ينشأ التزام جديد لكي ينقضي الالتزام القديم. الشرط الثاني: ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة، وتعليل ذلك أنه في حالة إعسار المناب وقت الإنابة لا يتصور أن يقبل الدائن إبراء ذمة مدينه الأصلي إلا نتيجة لجهله بحالة المناب، فيكون التجديد قابلاً للإبطال (إسماعيل غانم ص ٤١١).

الإنابة الناقصة:

رأينا أن المادة ٣٦٠ في فقرتها الثانية قد نصت على أنه "ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول". فالقاعدة أن التجديد لا يفترض في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي المنيب ملزماً بالدين قبل المناب لديه، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد، أي يقوم التزام جديد إلى جانب الالتزام الأول، وهو ما يطلق عليه الإنابة الناقصة. وهذا النوع من الإنابة هو الفرض الغالب الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، لأنه لا يستتبع التجديد وإنما يضم فيه إلى جانب المدين المنيب مدين آخر هو المناب. إذ يندر أن يقبل الدائن إبراء ذمة المدين وانقضاء الالتزام الأصلي (محمد لبيب شنب ص ٣٨٢ - عبد المنعم الصدة ص ١٣٧) فالإنابة هنا تؤدي وظيفة التأمين الشخصي (إسماعيل غانم ص ٤١١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تجديد الالتزام لا يفترض لا يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤ مدني) فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين في الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقي تنازلاً معلقاً على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء في ميعاد معين، بحيث إذا لم يتم السداد في الميعاد عاد للدائن حقه في مطالبة المدين الأصلي بجميع الدين

وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلي فإن الاتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد في هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد" (طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨)، وبأنه الإنابة في الوفاء - على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦ من القانوني المدني - هي إحدى صورتي تجديد الالتزام بتغيير المدين، فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين بل بقي المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد سميت الإنابة في هذا الحال بالإنابة القاصرة" (الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨).

وتختلف العلاقات بين أطراف الإنابة الكاملة عنها بين أطراف الإنابة الناقصة على نحو ما يلي:

(١) العلاقة ما بين المنيب والمناب: في الإنابة الكاملة إن كان المناب مديناً للمنيب وقصد من قبول الإنابة تجديد الدين أصبح دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب ومتى قام بالوفاء له انقضى التزامه الجديد بهذا الوفاء كما سبق قضاء التزامه قبل المنيب بالتجديد ومن ثم لا يرجع على الأخير بشيء. أما إن لم يكن المناب مديناً للمنيب وقبل الإنابة وقام بالوفاء للمناب لديه، فيكون له الرجوع على المنيب إما بدعوى الوكالة إن كان المنيب طلب إليه الوفاء وإما بدعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشيء (أنور طلبة ص ٣٨٦) أما في الإنابة الناقصة، فإن كان المناب مديناً للمنيب وقام بالوفاء للمناب لديه فلا يرجع بشيء على المنيب، أما إن قام المنيب بالوفاء فإنه يرجع على المناب بالدين الذي كان له في ذمته. فإن كان المناب لم يقصد التجديد ظل دينه قائماً بحيث أن قام بالوفاء للمناب لديه، كان له الرجوع بما وفاه على المنيب وغالباً ما تقع المقاصة بين الدينين المتقابلين لكل من المنيب والمناب.

(٢) العلاقة بين المنيب والمناب لديه: لما كانت الإنابة الكاملة هي كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه، فإن التجديد يقضي هذا الالتزام فتبرأ ذمة المنيب، ويشترط لانقضاء الالتزام، كما هو الأمر في كل تجديد، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المناب للمناب لديه صحيحاً، ولذلك لا تضيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدني في هذا الصدد جديداً. ولكنها تضيف جديداً عندما تشترط "ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة" ذلك أن الأصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحاً فقد انقضى الالتزام القديم، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد، فإذا كان هذا معسراً سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعة هذا الإعسار، ولا رجوع له على المدين الأصلي، إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد، أما في الإنابة الكاملة، فقد جعل القانون للدائن- المناب لديه- حق الرجوع على المدين- المنيب - إذا كان المدين الجديد- المناب- معسراً وقت الإنابة وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذوي الشأن وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل، فإذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت، رجع المناب لديه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصلي، ذلك أن المناب لديه وقع في غلط جوهري، عندما رضي بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر، فإذا ما أبطل الإنابة للغلط، رجع الالتزام الأصلي الذي كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات. وفي الإنابة القاصرة يبقى المنيب مديناً للمناب لديه، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذي في ذمته لديه، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلي الذي في ذمته، وبمجرد أن يقوم أحدهما المناب أو المنيب - بالوفاء للمناب لديه تبرأ ذمة الآخر، وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلي بما يكفله من تأمينات قبل أن يرجع على المناب، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب، فليس يلتزم في الرجوع على أيهما بترتيب معين (السنهوري ص ٧٠٠).

(٣) العلاقة ما بين المناب لديه والمناب: رأينا أن التجديد بتغيير المدين الذي تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه، حل محل الالتزام الأصلي الذي كان في ذمة المنيب للمناب لديه والذي انقضى بالتجديد، ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد، فإن وجده معسراً وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطاله، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي، أما إذا كان الإعسار قد حدث بعد الإنابة تحمل المناب لديه تبعة هذا الإعسار ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإنابة. وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب، فإنه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناب للمناب لديه، ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب، ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدني تنص على أن يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره" فإذا لم يجعل المناب، باتفاق واضح، التزامه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المنيب، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يفي بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، كان التزامه نحو المناب لديه منبت الصلة بالتزامه نحو المنيب، ويترتب على ذلك أنه يبقى لأي سبب من أسباب البطلان، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، أو أن هناك أي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام، ويجب عليه في كل حال أن يفي بالتزامه نحو المناب لديه. ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأي سبب آخر، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على المنيب، كما كان يرجع لو لم يكن بين الاثنين مديونية سابقة (السنهوري ص ٧٠٠)

وفي الإنابة الناقصة فإن المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه، فيكون إذن للمناب لديه مدينان مدينه الأصلي وهو المنيب، والمدين الجديد وهو المناب، ويستطيع المناب لديه، كما رأينا، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين، معاً نحوه، ثم يرجع المناب على المنيب أولاً يرجع بحسب الأحوال، طبقاً للقواعد التي أسلفناها، ويترتب على ما قدمنا أنه إذا كان المناب مديناً للمنيب فالتزام نحو المناب لديه في مقابل الدين الذي في ذمته للمنيب، اجتمعت ديون ثلاثة: دين المنيب للمناب لديه، ودين المناب للمنيب، ودين المناب للمناب لديه، فإذا قضى المناب الدين للمناب لديه، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد (السنهوري ص ٧٠٢).

التزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد:

سواء كانت الإنابة كاملة أو ناقصة كان للمناب لديه الرجوع على المناب دون أن يكون للأخير التمسك قبله بالدفوع التي كان يجوز له التمسك بها في مواجهة المنيب، ذلك أن حق المناب لديه قبل المناب هو حق مغاير تماماً لحقه قبل المنيب فلا تكون له تأميناته ولا صفاته ولا عيوبه ولا ترد عليه الدفوع التي كان يجوز للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه، ويعتبر الالتزام القائم بين المناب والمناب لديه التزاماً مجردا بالنسبة لالتزام المناب والمنيب، فلا يكون للمناب التمسك كذلك في مواجهة المناب لديه بالدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المنيب وتعين عليه الوفاء بالتزامه للمناب لديه. فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلاً أو كان قد انقضى، فإنه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما

وغني عن البيان أن للمناب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المناب لديه، وعندئذٍ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأي دفع آخر (إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٦٠)

وإذا كان الدين الذب للمناب لديه على المناب لا يتأثر بالدين الذي للمنيب على المناب، فإنه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذي للمناب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التي يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر، ذلك أن المناب لما اتخذ مدينين، المنيب والمناب، لم يقصد أن يضاعف الدين الذي له، ولا وجه لهذه المضاعفة، بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذي له من أي المدينين، فإذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر، فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذي للمناب لديه على المنيب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأي دفع آخر، جاز للمناب في الدين الآخر الذي في ذمته للمناب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (السنهوري ص ٧٠٣).

(٣) المقــاصـــــة :

تعــريف المقاصـــة :

المقاصة، أداة وفاء وأداة ضمان، إذ بموجبها يقضى الدينان بقدر الأقل منهما، كما أن الدائن يستوفى، بموجبها أيضاً، حقه المستحق في ذمة مدينه متقدماً على سائر الدائنين باعتبار أن الدين الذي في ذمته مخصصاً للوفاء بحقه مع مراعاة أحكام المادة ٣٦٧ و ٣٦٨. والمقاصة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً، ومن ثم لا يلزم للتمسك بها ما يلزم لإبرام تلك التصرفات. إذ يقاص الدينان بحكم القانون فور طلبها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقاصة طبقاً لنص المادة ١٩٢ من القانون المدني القديم هي نوع من وفاء الدين تحصل بقدر الأقل من الدينين كنص المادة ١٩٣ من ذلك القانون. وهذا الوفاء الذي يحصل بالمقاصة يستلزم قانوناً تحديد الدين الذي تجري به المقاصة في التاريخ المعتبر مبدأ لتنفيذها مضافاً إليه بفوائده السابقة على هذا التاريخ فإذا كان الحكم قد أضاف فوائد لاحقة للتاريخ المذكور فإنه يكون قد أخطأ" (نقض ١٩٥٨/١/٢ طعن ٣٤٥ س ٢٣ق).

والمقاصة قد تكون قانونية إذا ما توافرت الشروط التي اشترطها القانون لوقوعها بقوة القانون فتكون أداة وفاء قهري. أما إذا لم يتوافر أحد هذه الشروط، جاز أن تقع المقاصة اختياراً وهذه المقاصة الاختيارية. وقد تقع بحكم القاضي وهذه هي المقاصة القضائية. ولذلك لم يعن المشرع إلا بتنظيم المقاصة القانونية (محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٦٨).

أولاً: المقاصة القانونية:

إذا تمسك بالمقاصة من له مصلحة فيها وفقاً للمادة ٣٦٥ فإنه يتعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه فتقضي الدين الذي له بالدين الذي عليه بقدر الأقل منهما متى توافرت الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الدينان متقابلين: يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان. أي أن يكون كل من طرفي المقاصة مسئولاً شخصياً عن الدين الذي في ذمته للآخر وفي ذات الوقت صاحب الحق المطالب به شخصياً، فلا تجوز المقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً للآخر أو دائناً له، لا بشخصه بل بصفته، كالوكيل والولي والوصي والقيم والحارس والوارث، فإن كان أحد هؤلاء مدينا لدائن من يمثله أو دائناً لمدين من يمثله، فلا تقع المقاصة لعدم تقابل الدينين، وكذلك أمر الشريك بالنسبة لدائن الشركة أو مدينها إذ لكل منهما شخصية مستقلة وذمة منفصلة

ويسري ذات الحكم بالنسبة للكفيل غير المتضامن بالنسبة للدائن فلا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة دائنه، بين دين له عليه وآخر للكفيلة ولكن إذا رجع الدائن على الكفيل فللأخير أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن سواء بالنسبة لحق له في ذمة الدائن أو بالنسبة لحق للمدين في ذمة الدائن. وإذا حول الدائن دينه إلى الغير وبعد ذلك أصبح المدين دائنً للدائن، فإن المقاصة لا تقع لأن الغير المحال له هو الذي أصبح دائناً (أنور طلبة ص ٣٩٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا تجوز المقاصة في دين على الوصي شخصياً لمدين القاصر المشمول بوصايته، ولا في دين على القاصر لمدين الموصى عليه ولا في دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين، ولا فيما لمدين تركة قبل أحد الورثة، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائني التركة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧)، وبأنه "من بين شروط تحقق المقاصة القانونية أن يكون الدينان متقابلين أي أن يكون كل من طريهما دائناً ومديناً للآخر بذات الصفة" (الطعن ٣٥٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ س ٣٣ ص ١٢٣٩)، وبأنه "للمدين طبقاً للمادة ٣٦٢ من القانون المدني حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاءه، فإذا كان الطاعن مديناً للمطعون ضدها بالثمن الذي قدره حكم الشفعة ودائناً لها في ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائياً واستئنافياً في دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التي حصل على أمر نهائي بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطهما القانونية بقدر الأقل منهما" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ س ١٥ ص ١١٣٤)، وبأنه "إذا أجرى الحكم المقاصة بين دين استدانه الناظر على الوقف وبين مبلغ آخر مستحق للوقف على الدائن مستنداً في ذلك إلى أن المبلغ الذي استدانه الناظر صرف على بعض مستحقي الوقف وأن هذا الناظر رضي بإجراء لمقاصة بين الدينين في الدعوى التي رفعت عليه بصفته الشخصية بالمبلغ الذي استدانه، فهذا الحكم يكون قد استند إلى أسباب ليس من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه إذ أن انفاق المبلغ المستدان على بعض المستحقين لا يصلح بذاته دليلاً على أن الاستدانة كانت على الوقف.

الشرط الثاني: التماثل في المحل ما بين الدينين: ويجب ان يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء، فإذا كان لشخص على آخر مائة جنيه، وعليه مائة جنيه، فإنه بذلك يستطيع أن يستوفي المائة التي له بالمائة التي عليه، ولما كان المحلان متماثلين، فقد استوفى كل من الطرفين حقه من نفس الشيء الواجب الأداء، ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة "جودفير" أو قمح هندي من صنف متوسط، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ٢٠٠٦، وهكذا، وتصبح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية إذا كانت متماثلة. ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشموني، ولا في دينين محل أحدهما قمح هندي ومحل الآخر قمح استرالي، ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قمح، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن، ولو كان سعر هذه المثليات محدداً في الأسواق أو في البورصات ولا تجوز المقاصة بداهة في دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل، أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولي، وذلك مهما تشابهت الأعمال وحتى لو لم يكن من الضروري أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذي التزم به فلابد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخييري أو بدلي، حتى لو كان أحد محلي الاختيار في الالتزام التخييري، أو كان المحل الأصلي أو البدلي في الالتزام البدلي، مماثلا في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط، ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا، حرم في الالتزام التخييري صاحب الاختيار من حق اختياره، أو حرم المدين في الالتزام البدلي من أن يؤدي الأصل أو البدل

الشرط الثالث: الخلو من النزاع وتعيين المقدار: وهو لا يتحقق إلا إذا كان كل من الدينين محققا لا شك في ثبوته ومعلوم المقدار ولابد من اجتماع الأمرين معا. والدين لا يكون خاليا من النزاع إذا كان محل منازعة جدية وأن كان لا يلزم لاعتباره كذلك أن ترفع به دعوى. ويلحق بالدين المتنازع فيه الدين غير محقق الوجود كالمعلق علي شرط واقف. ويترتب علي اشتراط أن يكون كل من الدينين معلوم المقدار أن الحق في التعويض لا تقع به المقاصة قبل تقديريه قضاء أو اتفاقا. ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيينه يتوقف علي تسوية منعقدة علي شرط واقف، ولا يعتد بالتنازع إذا كان لا علاقة له بالمقاصة. وإذا صدر حكم بالدين فلا يصح الدين خاليا من النزاع إلا بصيرورة الحكم نهائيا ومن ثم لا تجوز المقاصة من دين ثابت في حكم نهائي وآخر صادر به حكم غير نهائي، ويترتب علي اشتراط أن يكون الدين معلوم المقدار أن المقاصة لا تقع مع الحق في التعويض قبل تقديره قضاء أو اتفاقا، فإن تمسك بها المسئول كانت اختيارية أو قضائية، ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف علي تسوية معقدة أو تقدير خبير. فلا تقع المقاصة في المصروفات القضائية إلا بعد تقديرها أما إذا كان تعيين المقدار لا يقتضي إلا عملية سهلة الإجراء وعناصرها ثابتة لا خلاف عليها كحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة فإن الدين يعتبر معين المقدار-فإن كان يتعين المقدار يتوقف علي مسألة موضوعية اعتبر التعيين مسألة واقع تستقل به محكمة الموضوع، أما إن كان يتوقف علي مسألة قانونية كان مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (السنهوري بند٥٣٦) وراجع في هامشه أمثلة عديدة من أحكام القضاء (محمد كمال عبد العزيز ص١٠٧٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقاصة القانونية علي ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار ولابد من اجتماع الشرطين لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجباري، ولا يجبر المدين علي دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار" (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٠)، وبأنه "المقاصة القانونية علي ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار ولابد من اجتماع الشرطين لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجباري ولا يجبر المدين علي دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار" (نقض ١٩٧٣/٣/٣ س٣٤ ص٢٧٢)، وبأنه "متى كانت المقاصة التي انتهي إليها الحكم تنطوي في حقيقتها علي مقاصة قضائية قدرت المحكمة في سبيل إجرائها كلا من الدينين ومدى المنازعة فيه وأثرها عليه ثم أجرت المقاصة بموجبها بعد ذلك، فإنه لا يؤثر في ذلك ما استطرد إليه الحكم تزيدا من توافر شروط المقاصة القانونية" (نقض ١٩٥٨/١/٢ س٩ ص٤٣)، للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدني حق المقاصة بين ما هو مستحق، وبأنه "عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذي قدره حكم الشفعة ودائنا لها في ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماه المحكوم له بها ابتدائيا واستئنافيا في دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التي حصل علي أمر نهائي بتقديرها قبل رفع الدعوى. فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما" (نقض ١٩٦٤/١٢/٣ س١٥ ص١١٣٤)، وتقع المقاصة القانونية بحكم القانون، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)، مفاد نص المادة ٣٦٢ من القانون المدني أن وقوع المقاصة القانونية يستلزم اجتماع شرطين في الدين هما أن يكون خاليا من النزاع الجدي محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار، وكان تقدير وجه الجد في المنازعة من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها علي أسباب سائغة (الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٦/٩)

وبأنه "للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدني حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذي قدره حكم الشفعة ودائنا لها في ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائيا واستئنائيا في دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التي حصل علي أمر نهائي بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٥ ص١١٣٤ جلسة ١٩٦٤/١٢/٣).

الشرط الرابع: صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء: المقاصة وفاء جبري، ولذلك وجب أن يكون كل من الدينين جائزا اقتضاؤه جبرا علي المدين بالقضاء. ومن ثم يجب أن يكون الدين مدينا لا دينا طبيعيا، فلا تقع المقاصة بقوة القانون إذا كان أحد الدينين طبيعيا إذ لا يصلح الدين الطبيعي للمطالبة به أمام القضاء لأنه لا جبر في تنفيذه (إسماعيل غانم ص٤١٧)، كما أن الدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يمكن أن يتقاص بعد ذلك مع دين مقابل يحل أجل استحقاقه بعد تقادم الالتزام الأول، لأن الأول يمكن أن يسقط إذا تمسك المدين بالتقادم (محمد عبد المنعم البدراوي ص٣٩٥).

الشرط الخامس: استحقاق الدينين للأداء: يجب لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، لأن المقاصة وفاء إجباري، ولا يجبر المدين علي الوفاء إلا عند استحقاق الدين. فإذا كان أحد الدينين معلقا علي شرط واقف أو مضافا إلي أجل واقف فهو دين غير مستحق الأداء فلا تقع المقاصة. وقد نص الشارع صراحة علي ألا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن (م٢/٣٦٢ مدني)، وعلي ذلك إذا منح القاضي لأحد المدينين مهلة للوفاء بدينه (نظرة ميسرة)، أو وافق دائن علي إعطاء مدينه مهلة لهذا الوفاء تبرعا منه، ثم أصبح الدائن مدينا لمدينه بدين مستحق الأداء في الحال، فإن المقاصة تقع بقوة القانون بين هذا الدين، والدين الذي منح المدين فيه مهلة للوفاء ولو كانت هذه المهلة لم تنقض بعد. فالغرض من المهلة عدم إجبار المدين عل الوفاء الفعلي مراعاة لظروفه، أما وقوع المقاصة فهو لا يمس ظروف المدين لأنه لا يلزمه بالوفاء بشئ (نبيل إبراهيم سعد ص٤٠٥-محمد لبيب ص٣٨٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر بنص المادة ١/٣٦٢ من القانون المدني أن للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء، وأضافت المادة ٣٦٥ من ذات القانون أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له المصلحة فيها وأنه يرتب علي إجراء المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة" (الطعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٨)، والتمسك بإجراء المقاصة يعد دفاعا جوهريا يوجب علي المحكمة التصدي له وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور. الحكم السابق (الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩، الطعن رقم ٢٠٤١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٦)، وبأنه "يجب حتى تقع المقاصة قانونا أن تكون بين دينين متقابلين متماثلين في المحل يتوفر في كل منهما صلاحيته للمطالبة القضائية وخلوهما من النزاع واستحقاقهما للأداء وأن يكون كل منهما قابلا للحجز عليه، والمراد بخلوها من النزاع أن يكون الدين محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار، والدين لا يكون خاليا من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت المنازعة جدية قائمة علي أساس ليكون الدين متنازعا فيه" (الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٣/١٣)

وبأنه يكفي بناء علي المادتين ١٩٢و ١٩٤ مدني (قديم) أن يتلاقي دين واجب الأداء مع دين مستحق الوفاء لتقع المقاصة بين الدينين بقدر الأقل منها في وقت استحقاق الأخير-فإذا كان أحد الدينين قد استحق في ١٩١٥/١١/٣٠ والآخر في آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ فإنه في هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق في المطالبة به بمضي المدة فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما. ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثاني عليه مهما استطالت المدة، لأن المقاصة تقع حتما بدون طلب من ذوى الشأن فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلا بقوة القانون" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٥٠ ص٢٨٢ جلسة ١٩٣٦/١٢/٢٤)، وبأنه "إذ كانت المقاصة القانونية، وعلي ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين أن يكون خاليا من النزاع مستحق الأداء أي محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين ومعلوم المقدار، وكان لابد من اجتماع الشرطين، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجباري ولا يجبر المدين علي دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم-البائع-نازع مورث الطاعنين-المشتري-في قيمة المدفوع له من الثمن-بمقتضي العقد الذي قضي بفسخه-وأنكر عليه استحقاقه لفوائد ما دفعه كما نازعه في قيمة ما أجره من إصلاحات وما أقامه من المباني وما أداه من أموال أميرية بما استوجب ندب خبير لتقدير ذلك. فإن مؤدي ذلك تخلف الشرطين الواجب توافرهما لإجراء المقاصة القانونية" (الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)، وبأنه للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدني حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذي قدره حكم الشفعة ودائنا لها في ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له ابتدائيا واستئنافيا في دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التي حصل علي أمر نهائي بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣).

الشرط السادس: أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز: وهذا الشرط نصت عليه المادة ٣٦٤ فإن كان الدائن ملتزما لمدينه بدين نفقة فليس له أن يوقع المقاصة بين هذا الدين ودين آخر له في ذمة مدينه، إذ لا يجوز الحجز علي دين النفقة ومثل النفقة المعاش والقدر من المرتب الغير قابل للحجز، وذلك أن المقاصة تنطوي علي وفاء جبري فتأخذ حكم الحجز (أنور طلبه ص٣٩٨).

الشرط السابع: ألا يتعلق بأحد الدينين حق للغير يمنع من الوفاء به: كان يوقع الحجز علي الحق تحت يد المدين به، ثم أصبح المحجوز لديه دائنا للمدين المحجوز عليه فإنه يمتنع إجراء المقاصة بين حقه قبل الأخير والدين الذي في ذمته له لأن هذا الدين يمتنع عليه الوفاء به إليه بعد توقيع الحجز عليه تحت يده. ولأن في إجراء المقاصة أضرار بالحاجز. وقد نصت علي ذلك المادة ٣٦٧ (غانم بند٢٥٨) وقد أوردت المادة ٣٦٨ تطبيقا آخر لعدم جواز إيقاع المقاصة أضرارا بالغير وهي حالة حوالة أحد الحقين المتقابلين. فإذا كان المدين قد قبل الحوالة بلا تحفظ فإنه يمتنع عليه إجراء القماصة بين الدين الذي له قبل الدائن والدين الذي للأخير في ذمته لأن هذا الدين الأخير قد تعلق به حق المحال له. أما إذا لم يكن قد قبل الحوالة، ولكن أعلن بها فإن هذا الإعلان لا يمنع من وقوع المقاصة التي استكملت شروطها قبل الحوالة، فيستطيع المدين الاحتجاج بها علي المحال له (السنهوري بند٥٥٥). ومتى توافرت هذه الشرط، وقعت المقاصة. فيقضي الدينان بقدر الأقل منهما بعد إضافة الفوائد أن وجدت علي نحو ما أوضحناه بالشرط الرابع فيما تقدم وانظر نقض ١٩٥٨/١/٢ بالمادة ٣٦٥، ولما كانت المقاصة واقعة مادية، فلا يشترط لوقوعها توفر أهلية الوفاء أو أهلية الاستيفاء في أحد الطرفين أو كليهما مثلما يشترط في التصرفات القانونية. وإن كانت المقاصة القانونية تقع بقوة القانون منذ توافر شروطها، فليس معنى ذلك أن تتصدي لها المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما تلتزم بإيقاعها إذا تمسك بها من له مصلحة فيها عملا بالمادة ٣٦٥ من القانون المدني

وبالتالي يكون للخصم الآخر أن يتمسك بدوره بالدفوع التي تخول دون إيقاع المقاصة، كانقضاء حق طالب المقاصة بالتقادم علي ما أوضحناه بالمادة ٣٦٦ فإن لم يتمسك بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تتصدي له من تلقاء نفسها وحينئذ يتعين عليها أن توقع المقاصة (أنور طلبه ص٣٩٨) ولا يشترط لوقوع المقاصة، وحدة مصدر كل من الدينين، فتجوز المقاصة من دين مصدره العقد وآخر مصدره العمل غير المشروع متى توافرت في كل منهما الشروط السبعة السالفة (السنهوري بند٥٣٩).

الإلزام المترتب علي انتفاء شروط المقاصة :

إذا ارتهن شخص أطيان شخص آخر نظير مبلغ معين، ولم يدفع له مبلغ الرهن كله، بل استبقي لديه جزءا منه أمانة ليدفعه لدائنين آخرين، وحرر ورقة ضد للراهن، ومع إقرار المرتهن لما ورد بها لم يقدم للمحكمة ما يدل علي أنه أدي ما بقي عليه من قيمة الرهن فخصمت هي هذا الباقي من قيمة الدين الذي يطالب به، فلا يجوز للمرتهن أن يدعي أن المحكمة بإجرائها هذا الخصم قد قاصته بمثله من قيمة الدعوى مع منازعته هو في جواز هذه المقاصة، لأن ورقة الضد لم ترتب للدائنين دينا جديدا بذمة المرتهن حتى يصح معه القول بأنه ينازع في بقائه ويرتب علي منازعته عدم جواز المقاصة وإنما هي تشهد علي هذا المرتهن بأنه لم يدفع قيمة هذا المبلغ عند تحرير عقد الرهن، فخصم المحكمة له من قيمة مبلغ الرهن لا يخرج مخرج المقاصة (الطعن رقم ٢ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٣/٣/٩).

التمسك بالمقاصة رغم اختلاف مكان الوفاء في الدينين :

تنص المادة٣٦٣ مدني على انه " يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك " .

فيتبين من نص هذه المادة أنه لا يحول دون وقوع المقاصة أن يختلف مكان الوفاء في الدينين، فليس ضروريا أن يكون الدينان واجبي الوفاء في مكان واحد. علي أنه إذا كان من شأن المقاصة هنا أن تلحق ضررا بمن يتمسك بها ضده، بسبب عدم استيفائه حقه في المكان المعين لذلك أو بسبب عدم إمكان الوفاء بما عليه في المكان المحدد له، حق له التعويض عن هذا الضرر علي الطرف الآخر. فإذا فرض أن شخصا دائن لآخر بألف واجب الدفع في القاهرة، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس، وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين، وتمسك الأول بالمقاصة، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها. غير أن الدائن الآخر الذي كان يجب أن يستوفي حقه في باريس قد حرم من جراء المقاصة، أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها. فيستطيع، بالرغم من وقوع المقاصة، أن يرجع علي الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلي باريس. وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة، وهو مدين بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلي القاهرة

الديون التي تقع فيها المقاصة :

تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها متى توافرت شروطها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده: فلا يستطيع من نزع شيئا من تحت يد مالكه بدون حق أن يمتنع عن رده إليه بدعوى أن التزامه برده قد انقضي بتقاصه مع دين مماثل له في ذمة المالك. وقد قرر المشرع هذا الاستثناء حتى يحول بين الدائن وبين انتزاع حقه بيده من مدينه، فالواجب أن يلجأ إلي القضاء. وقد يكون انتزاع الشئ نتيجة جريمة كسرقة أو نصب أو خيانة أمانة، وقد يكون انتزاع الشئ عنوة بالقوة. والغصب غير مشروع ولا يمكن أن يستفيد منه من أقدم عليه (عبد المنعم البدراوي ص٣٩٩).

ثانيا: إذا كان أحد الدائنين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال، وكان مطلوبا رده: ويقتصر هذا الاستثناء علي الوديعة وعارية الاستعمال ومن ثم لا ينصرف إلي غريهما كالوكالة، وصور الوديعة، كما يمكن أن تقع في العمل، هي أن يودع المدين عند دائنه نقودا لا يأذن له في استعمالها (م٧٢٦ مدني) وهذا ما يسمي بالوديعة الناقصة (depot irregulie) ويكون دين الدائن في ذمة مدينه نقودا أيضا، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذي في ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة. فلا يجوز للدائن، بالرغم من توافر شروط المقاصة، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة. ذلك أن المدين قد ائتمنه علي وديعته ووضع ثقته فيه، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة. وإنما يجب علي الدائن أن يرد الوديعة للمدين ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته. ويمكن أيضا أن تتحقق صورة الوديعة، حتى لو كانت وديعة كاملة، في الفرض الآتي: يودع المدين عند دائنه عينا معينة بالذات، فتهلك بتقصير من الدائن، فيكون الدائن مدينا بالتعويض لمدينه، ويقدر هذا التعويض اتفاقا أو قضاء. فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول: "إذا كان أحد الشيئين شيئا مودعا. وكان مطلوبا رده"، فإن مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد. فإذا تم الأمر علي هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد المدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة. أما العارية فهي أصعب تصورا من الوديعة. ولابد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عينا معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تفرض-فهلكت بتقصير من الدائن، فأصبح مسئولا عن التعويض. ثم قدر هذا التعويض اتفاقا أو قضاء، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض في ذمة الدائن للمدين. وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير. ذلك أن المعير قد ائتمنه علي الشئ المعار، بل نزل له عن منفعته دون أجر، فلا يكون جزاؤه علي ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة فعلي المستعير أن يدفع التعويض للمعير، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي له في ذمته (السنهوري ص٧٣٣)

ثالثا: إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز: ذلك أن المقاصة وفاء إجباري، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبة علي وفاء دينه لعدم قابليته للحجز. فإذا كان أحد الدينين لا يقبل الحجز كدين النفقة مثلا، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر، وإلا لأمكن الهروب من القيد المقرر في هذا الشأن (عبد المنعم الصدة ص١٤٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادتين ٥١، ٥٤ من قانون العمل علي وقوع المقاصة القانونية بين أجر العامل وبين دين صاحب العمل في حالتي القرض أو تعويض الإتلاف لا يمنع من جواز تلك المقاصة وفقا للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٣٦٤ من القانون المدين بين ديون صاحب العمل وبين أجر العامل بالقدر القابل للحجز عليه من هذا الأجر" (الطعن رقم ٦٨٧ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠)، وبأنه "النص في المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل المقابلة للمادة ٥٤ من قانون العمل السابق ٩١ لسنة ١٩٥٩ يدل علي أن المشرع-وعلي خلاف القاعدة العامة في المقاصة القانونية التي تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع أجاز لصاحب العمل اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل-أي إيقاع المقاصة-بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل في حدود أجر خمسة أيام في الشهر ولو كان استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع يؤكد ذلك ما جاء في هذه المادة بشأن الطريق الذي يتعين علي العامل إتباعه للتظلم من تقدير صاحب العمل، وإذ كان حق الأخير في إجراء المقاصة القانونية استثناء من القواعد العامة التي تستلزم أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومن ثم فلا يجوز التوسع فيه وقصره علي الحالات المنصوص عليها في المادة ٦٨ سالفة الذكر بأن يكون التعويض الحاصل الاقتطاع من أجله ناشئا عما تسبب العامل في فقده أو إتلافه أو تدميره من مهمات أو آلات أو منتجات يمتلكها رب العمل أو هي في عهدته وأن يكون الاقتطاع من أجر العامل فإذا كان التعويض المستحق لصاحب العمل راجعا إلي أية أضرار أخرى لحقت رب العمل عن غير هذه الحالات الواردة في النص

فلا يجوز لصاحب العمل إجراء المقاصة للحصول علي التعويض من أية مبالغ أخرى تكون مستحقة عليه للعامل بل عليه أن يرجع إلي القضاء لاقتضاء التعويض ما لم يكن قد اتفق عليه رضاء" (الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٠)، وبأنه "لئن كان الشارع قد نص في المادتين ٥١و ٥٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ علي حالتين تقع فيهما المقاصة القانونية بين أجر العامل وبين دين رب العمل الناشئ عن قرض أو تعويض الإتلاف، وجعل لكل منهما حكما خاصا، إلا أنه فيما عدا هاتين الحالتين تظل تلك المقاصة ووفقا للقواعد العامة المقررة بالمادة ٣٦٤ من القانون المدني جائزة بين ديون رب العمل الأخرى وبين أجر العامل بالقدر القابل للحجز من هذا الأجر. لما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن ما تقتطعه الشركة المطعون ضدها من مرتب الطاعن استيفاء لدينها المترتب علي إلغاء التسوية لا يجاوز الربع الجائز الحجز عليه طبقا للمادة ٥٢ من قانون العمل المشار إليه، فإن النعي علي الحكم بهذا الوجه يكون في غير محله" (الطعن رقم ٦٤٤ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٦، الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥).

وجوب التمسك بالمقاصة :

يتمسك بها. لأنها ليست من النظام العام. فليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه. والذي له مصلحة في وقوع المقاصة هو أولا المدين في كل من الدينين المتقابلين، ثم الكفيل إذا طالبه الدائن بالوفاء بدين المدين، فله التمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق علي المدين وبين ما يستحق للمدين علي هذا الدائن. وكذلك الحال بالنسبة لحائز العقار المرهون ضمانا لدين. كما يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المدين فحسب (م٢٨٧ مدني) . (إسماعيل غانم ص٤٢٠- عبد المنعم البدراوي ص٤٠١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن المقاصة القانونية لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها طبقا للمادة ٣٦٥ من القانون المدني" (الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفني س٤١ ع١ ص٥٩١ جلسة ١٩٧٧/١١/٩)

ويجوز التمسك بالمقاصة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، إذ أن المقاصة القانونية تعتبر واقعة مادية متوفرة أمام محكمة أول درجة وأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها أمام محكمة أول درجة إلي محكمة الاستئناف ومن ثم فإن التمسك بالمقاصة القانونية أمام الاستئناف لا يعتبر طلبا جديدا خلافا للمقاصة القضائية، إذ تنص الفقرة الأولي من المادة ١٢٥ مرافعات علي اعتبار المقاصة القضائية طلبا عارضا، وتنص المادة ١٢٣ مرافعات علي أن الطلبات العارضة تقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يقدم شفاها في الجلسة وتثبت في محضرها، ومن ثم فإن المقاصة القضائية تعتبر طلبا معروضا علي محكمة أول درجة إذا قدم علي نحو ما تقدم، ويترتب علي ذلك عدم قبول هذه المقاصة لأول مرة أمام الاستئناف باعتبارها طلبا جديدا وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله وفقا للمادة ٢٣٥ مرافعات ولو بعد التعرض للموضوع لتعلق ذلك بالنظام العام (أنور طلبه ص٤٠٧)، كما يجوز التمسك بالمقاصة القانونية حتى بعد صدور حكم نهائي، وفي أثناء إجراءات التنفيذ ما لم يتضح أن سكوت صاحب المصلحة مبناه النزول عن المقاصة (عبد المنعم البدراوي ص٤٥٠، نبيل إبراهيم سعد ص٤٢٥ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقاصة القضائية-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-لا تكون إلا بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض يبديه المدعى عليه ردا علي دعوى خصمه، ولا يقبل إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف" (الطعن رقم ١١٥٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٢)

وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقاصة القانونية علي ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين، وأن يكون معلوما المقدار ولابد من اجتماع الشرطين اعتبارا بأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجباري، ولا يجبر المدين علي دفع دين متنازع فيه أو غير معلوم مقداره، وكان التمسك بالمقاصة القانونية يصح إذا توافرت شرائطها في أية حال تكون عليها الدعوى، وكان دين الأجرة عن المدة من ١٩٧٢/٦/١ حتى آخر مارس سنة ١٩٧٣ قد حدد بوجه نهائي بالحكم الصادر في ١٩٧١/١/٣٠ بعد أن قضي بعدم جواز استئنافه، وكان يتعين علي محكمة الموضوع إذا ما ثبت أن المطعون عليه لم يوف بالأجرة أن توقع المقاصة القانونية وهو ما يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر المقاصة قضائية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)، وبأنه "الدفع بالمقاصة بين دينين هو من الدفوع التي لا يسوغ إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض" (الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤)، وبأنه "المقاصة القانونية وفق المادة ٣٦٥ من القانون المدني تقع بقوة القانون متى توافرت شرائطها وإنها كالوفاء ينقضي بها الدينان بقدر الأقل منهما إذ يستوفي كل دائن حقه من الدين الذي في ذمته وإن هذا الانقضاء ينصرف إلي الوقت الذي يتلاقي فيه الدينان متوافرة فيهما شروطها، ولما كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أو ضمنا بعد ثبوت الحق فيها وأوجب القانون علي ذي المصلحة التمسك بها فإنه لا يكون من شأن إجراء هذه المقاصة عند التمسك بها في الدعوى أي تأثير علي ما تم من إجراء استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالإخلاء بمقتضي المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ سالفة الإشارة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدفع بعد قبول الدعوى القائم علي بطلان التكليف بالوفاء، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" (مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٨ ص١٦٣٢ جلسة ١٩٧٧/١١/٩).

جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها:

ويجوز النزول عن المقاصة صراحة أو ضمنا علي أن يتم ذلك بعد ثبوت الحق فيها أما قبل ذلك فلا يعتد بالتنازل. ولا يثبت الحق في المقاصة إلا من وقت تقابل الدينين صالحين للمقاصة. ويعتبر نزولا ضمنيا وفاء المدين بالدين رغم علمه بالمقاصة، كما يعتبر نزولا ضمنيا إضافة الدائن حقه الحالي إلي آجل مع مديونيته لمدينه بدين حال. غير أن النزول عن المقاصة لا يفترض، فلا يفيده مجرد السكوت كما لا يعتبر استيفاء جزء من الحق تنازلا عن المقاصة بباقي حقه في دين عليه غير أنه يلاحظ أن إغفال التمسك بالمقاصة في الدعوى المرفوعة علي ذي الشأن قد يفيد التنازل عنها كأن يتقدم بطلبها أو أوجه دفاع أو دفوع تتعارض مع دفوع المقاصة. ومتى نزل ذو الشأن عن حقه في التمسك بالمقاصة وقع تنازله باتا من جهة وكان له من جهة أخرى اقتضاء حقه من مدينه وأن يؤدي إلي الأخير حقه، إذ أن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلي الوجود بكل مالهما من تأمينات ولكن بغير أضرار بحقوق الغير كما لو كان أحد الدينين مكفولا بتأمين شخصي أو عيني فانقضت الكفالة بانقضاء الدين بالمقاصة فإن تنازل المدين عن المقاصة وأن أعاد حق دائنه ولكنه لا يعود إليه مكفولا بذلك التأمين لما في ذلك من أضرار بحق الكفيل الشخصي أو العيني (السنهوري بند ٥٤٦، محمد كمال عبد العزيز ص١٠٧٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لقاضي الموضوع السلطة في استخلاص ما إذا كان صاحب المصلحة في التمسك بالمقاصة قد نزل أو لم ينزل عنها وذلك بناء علي ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها" (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٧٢٠ جلسة ١٩٦٧/١١/٢١، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٦٣٢ جلسة ١٩٧٧/١١/٩).

أثر المقاصة فيما بين المتعاقدين :

يترتب علي المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما وذلك منذ الوقت الذي توافرت فيه شروطها وليس من وقت التمسك بها، فإن كانت هناك فوائد فإنها تضاف حتى ذلك الوقت فقط وتوقف بعده، ولا يحول دون وقوع المقاصة أن تتخلف بعض شروطها عند التمسك بها مادامت هذه الشروط كانت متوفرة من قبل. إذ يترتب علي توافر شروط المقاصة، انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، فإن كان الدين الأقل ينتج فوائد، فإن هذه الفوائد لا تستحق فور تلاقي الدينين ولو كان هذا التلاقي سابقا علي صدور الحكم (أنور طلبه ص٤٠٨)، ويترتب علي انقضاء الدينين أيضا أن التأمينات التي كانت تكفل أيا منهما تنقضي معه، لو كان أحد الدينين مكفولا بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول ولكن يجب التأشير علي هامش القيد بزوال التأمين، حتى يكون زواله ساريا في حق الغير. ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائنه، لأن هذه المقاصة تقضي الدين المكفول فتنقضي الكفالة بانقضائه. وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين، فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يخرجه عن أن يكون كفيلا التزامه تابع لالتزام المدين الأصلي فمتى انقضي الالتزام الأصلي انقضي التزام الكفيل

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقاصة القانونية وفق المادة ٣٦٥ من القانون المدني تقع بقوة القانون متى توافرت شرائطها، وأنها كالوفاء ينقضي بها الدينان بقدر الأقل منهما إذ يستوفي كل دائن حقه من الدين الذي في ذمته، وإن هذا الانقضاء ينصرف إلي الوقت الذي يتلاقي فيه الدينان متوافرة فيهما شروطها، ولما كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أو ضمنا بعد ثبوت الحق فيها، وأوجب القانون علي ذي المصلحة التمسك بها. فإنه لا يكون من شأن إجراء هذه المقاصة عند التمسك بها في الدعوى أي تأثير علي ما تم من إجراءات استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالإخلاء بمقتضي المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ سالفة الإشارة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدفع بعدم قبول الدعوى القائم علي بطلان التكليف بالوفاء، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" (الطعن رقم ٩ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٦٣٢ جلسة ١٩٧٧/١١/٩)، وبأنه "المقاصة طبقا لنص المادة ١٩٢ من القانون المدني القديم هي نوع من وفاء الدين تحصل بقدر الأقل من الدينين كنص المادة ١٩٣ من ذلك القانون. وهذا الوفاء الذي يحصل بالمقاصة يستلزم قانونا تحديد الدين الذي تجرى به المقاصة في التاريخ المعتبر مبدأ لتنفيذها مضافا إليه فوائده السابقة علي هذا التاريخ، فإذا كان الحكم قد أضاف فوائد لاحقة للتاريخ المذكور فإنه يكون قد أخطأ" (مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٤٣ جلسة ١٩٥٨/١/٢)، وبأنه "وإن كان يترتب علي انفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد المشتري المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه، ويرد البائع الثمن وفوائده، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشتري لفوائد الثمن، وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما" (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥)، يكفي بناء علي المادتين ١٩٢و ١٩٤ من القانون المدني "قديم" أن يتلاقي دين واجب الأداء مع دين مستحق الوفاء لتقع المقاصة بين الدينين بقدر الأقل منهما في وقت استحقاق الأخير (نقض ١٩٣٦/١٢/٢٤ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٨٢)، وبأنه "القانون المدني إذ نص في المادة ١٤٥ علي أن من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده. وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقة فيدخل تحته المدفوع زائدا علي الفائدة الجائز الاتفاق عليها، وإذ نص في المادة ١٤٦ علي إلزام الآخذ بفوائد كما أخذ مع علمه بعدم استحقاقه إياه إذ نص علي هذا وذاك فإنه يكون قد أوجب علي الأخذ أن يرد ما أخذه في الحال، وأن يكون المبلغ المدفوع زائدا علي الفائدة القانونية دينا لمن فدعه علي من قبضه مستحق الأداء يوم قبضه، ومن ثم تحصل به المقاصة يومئذ بحكم القانون طبقا للمادة ١٩٤ من القانون المدني"

تعيين جهة الدفع في المقاصة:

رأينا أن المادة ٣٦٥ مدني قد نصت في عجزها علي أن "..... ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء". ومفاد ذلك أنه إذا تعددت الديون التي تجوز المقاصة فيها بين الطرفين، وجب لتعيين الدين أو الديون التي تجرى بينهما المقاصة، إتباع نفس قواعد احتساب الخصم التي نص عليها المشرع في خصوص الوفاء في المادتين ٣٤٤، ٣٤٥ علي أنه يلاحظ في تطبيق المادة ٣٤٥ أن الفرض في المقاصة أن الديون جميعا حالة، إذ من شروط المقاصة أن يكون الدينان المتقاصان مستحقي الأداء. وكذلك الحال إذا كان كل من الطرفين مدينا بدين واحد، متى اختلف الدينان في القدر وكان الدين الأكبر يشمل علي ملحقات من مصروفات وفوائد فتطبق المادة ٣٤٣. وقد عبرت المادة ٢/٣٦٥ عن هذه القاعدة بقولها "ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء" (إسماعيل غانم ص٤٢٠-عزمي البكري ص٦٥٢).

(٢) أثر المقاصة بالنسبة للغير :

لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق الغير: لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير؛ وذلك على الرغم من توافر شروطها؛ فإذا تعلق الغير حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به؛ امتنعت المقاصة؛ لأن في وقوعها عندئذٍ إضراراً بهذا الغير. وبناء على ذلك إذا أصبح المدين دائناً له، ثم أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين فإن هذا الحجز يتوقف على ما إذا كان قد وقع قبل تحقق شروط المقاصة أو بعد ذلك، فإن كان قبل تحقق شروط المقاصة، تعلق حق الدائن الحاجز بالدين وامتنعت المقاصة لما فيها من إضرار بحقوق الحاجز، ولكن يجوز للمدين في هذه الحالة أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه فيشارك الحاجز الأول عند توزيع الدين وفقاً لقسمة الغرماء. أما إن كان الحجز بعد تحقق شروط المقاصة، فإن المقاصة تكون قد وقعت فعلاً وانقضى الدين الوارد عليه الحجز ولا يكون هناك محل له فيقع باطلاً ومن ثم لا يحول دون تمسك المحجوز لديه بالمقاصة، إذ ليس في ذلك إضرار بحقوق الغير. (أنور طلبة ص٤١٥)

تقادم مدة الدين لا تحول دون وقوع المقاصة :

نصت المادة ٣٦٦ علي أنه "إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنعه ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم، مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة". فالنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا، متوافرة فيهما شروط المقاصة، قبل أن تمضي عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم. وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلي أحد الدينين. ولما كانت العبرة في وقوع المقاصة بالوقت الذي تلاقي فيه الدينان صالحين للمقاصة، لا بوقت التمسك بالمقاصة، فإن الدينين في وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت علي أي منهما مدة التقادم، فوقعت المقاصة بينهما وانقضيا. ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاق الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة. وقد تقدمت الإشارة إلي ذلك (السنهوري ص٧٤٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان أحد الدينين قد استحق في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر في آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ فإنه في هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق في المطالبة به بمضي المدة فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلها" (نقض ١٩٣٦/١٢/١٤ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٨٢)، وهذا وقد يتلاقي الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة، ثم يطرأ بعد ذلك علي أحد الدينين ما يجعله ينقضي بسبب آخر غير التقادم الذي نحن بصدده، كأن يعمد أحد المدينين إلي تجديد دينه. ففي هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بجواز التمسك بالمقاصة، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمني عن المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه. أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة، فإن التجديد يكون باطلا، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضي بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد (السنهوري ص٧٤٦ هامش ١).

لا يجوز للمدين التمسك بالمقاصة بعد حوالة حقه :

تنفذ الحوالة في حق المدين بقبوله لها أو إعلانه بها ويختلف تبعاً لذلك مدى أحقيته في التمسك بالمقاصة؛ فإذا كانت الحوالة قد نفذت في حق المدين بقبوله لها دون تحفظ منه فلا يجوز له التمسك بالمقاصة؛ ذلك أن قبول الحوالة دون تحفظ يُعد تنازلاً عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوت الحق فيها. ولا يكون للمدين في هذه الحالة إلا الرجوع على الدائن بما كان له في ذمته. ويظل للمقاصة أثرها بالنسبة للتقادم، فإن كانت شروط المقاصة قد توافرت قبل انقضاء حق المحال عليه بالتقادم، ثم قبل الأخير الحوالة، وعند رجوعه على المحيل كانت مدة تقادم حقه قد اكتملت، فإن هذا لا يحول دون مطالبته بحقه ويمتنع على المحيل أن يتمسك في مواجهة دائنه المحال عليه بالتقادم على نحو ما أوضحناه بالمادة ٣٦٦. ومتى قبل المحال عليه الحوالة، امتنع عليه التمسك بالمقاصة سواء كان عالماً بتوافر شروطها أو لم يكن عالماً بذلك

فإن كان عالماً، وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ، حمل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها، وهذا جائز كما قدمنا. وفي هذه الحالة لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها. ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذي كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها. ومع ذلك يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه، إذا كان هذا الحق الذي يقاص دينه به نشأ من نفس المصدر الذي نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده. ففي عقد البيع إذا كان البائع مديناً بضمان عيب ودائناً بالثمن، ووقعت المقاصة بين الدينين، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبي وقبل المشتري الحوالة، أو وقع دائن للبائع حجزاً على الثمن تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان العيب

أما بالنسبة للتأمينات التي كانت ضامنة لحق المدين، فإنها لا تعود إذا كان المدين وقت قبوله الحوالة عالماً بوقوع المقاصة، أما إن لم يكن عالماً بذلك فإن التأمينات تبقى عند رجوعه على المحيل (أنظر المادة ٢٦٩). أما إذا نفذت الحوالة في حق المدين بإعلانها له لا بقبوله إياها لم يسقط حقه في التمسك بالمقاصة، وذلك لأنه لم يكن عالماً وقابلاً لها بل أنه أعلن بها فلم يكن في استطاعته تلافي الإضرار بالغير. ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لهذا قبل صدور الحوالة وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة.

عدم تمسك المدين بالمقاصة في حينها:

تنص المادة ٣٦٩ مدني على أنه "إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه يحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق". فهذه المادة تواجه حالة سكوت المدين عن التمسك بالمقاصة رغم توافر شروطها. تم وفائه بالدين بعد ذلك. وهنا يجب أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين وفي هذه الحالة يكون له الحق في الجوع على الدائن بالحق الذي له في ذمته وتظل لهذا الحق تأميناته التي كانت تكفله ومن ثم يجوز الرجوع على الكفيل الشخصي أو العيني وعلى المدين المتضامن وحائز العقار المرهون لانتفاء مظنة التنازل عن التمسك بالمقاصة. ويعتبر الوفاء قرينة عل تنازل المدين عن المقاصة، وتلك قرينة بسيطة يجوز للمدين نفيها بإثبات أن عذراً حقيقياً حال بينه وبين العلم بتوافر شروط المقاصة وقت الوفاء. وللمدين إن لم يرجع بحقه على نحو ما تقدم، أن يرجع بدعوى استرداد ما دفع بغير حق إن كان الدائن سيئ النية أي كان يعلم بالمقاصة عندما استوفي حقه إذ في هذه الحالة يرجع بالفوائد أيضاً ووفقاً للقواعد العامة، كذلك يجوز للدائن إن استوفي حقه وهو يجهل وقوع المقاصة، أن يرد ما استوفاه ويتمسك بالمقاصة إن كانت له مصلحة في ذلك . (أنور طلبة ص٤١٩)

الحالة الثانية: إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم أن له حق قبل دائنه وفي هذه الحالة لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة، إذ يعتبر قد تنازل عنها وبالتالي فليس له إلا الرجوع بما له من حق. إنما ليس له أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، فليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن إضراراً بالدائنين التالين له في المرتبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "تواجه هذه المادة حالة سكوت المدين عن التمسك بالمقاصة في حينها، وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين: (أ) فإذا كان المدين قد وفي الدين وهو يجهل أنه انقضى بالمقاصة، مع علمه بترتب حق له في ذمة الدائن، انقضى الدين رغم ذلك بالقصاص، ولا يكون للمدين إلا أن يسترد ما أداه خطأ" (أنظر المادة ٢٦٢/١٩٨ من التقنين المصري، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٢٨٩).

ثانياً: المقاصة الاختيارية: إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع بقوة القانون، وعندئذٍ يجوز أن تقع اختياراً. فإذا كان الشرط الذي تخلف مقصوداً به حماية مصلحة أحد الطرفين جاز لهذا الطرف النزول ضمناً عن هذا الشرط بإيقاع المقاصة بأن يكون الدائن في أحد الدينين مديناً لكفيل المدين، أو وصيه، فيتمسك الكفيل أو الوصي بإجراء المقاصة بين حقه وبين الدائن. أو كان يتخلف شرط الصلاحية للمطالبة بالحق قضاء كأن يكون محله التزاماً طبيعياً أو مضافاً إلى أجل فيتمسك المدين في هذا الالتزام بالمقاصة بينه وبين الحق الذي له في ذمة الدائن، أو كان يكون أحد الدينين مضافاً إلى أجل فيتمسك صاحب المصلحة في الأجل بإجراء المقاصة من هذا الدين غير أنه في حالة اختلاف قيمة الدينين فلا يجوز إيقاع المقاصة، بإرادة أحد الطرفين منفرداً حتى ولو كان الشرط الذي تخلف قصد به مصلحته إلا إذا كان هو الدائن بالدين الأكبر وذلك حتى لا يجبر الطرف الآخر على قبول وفاء جزئي. أما إذا كان الشرط المتخلف قصد به مصلحة الطرفين فلا تقع المقاصة إلا باتفاقهما وفي جميع الأحوال لا تقع المقاصة إلا من تاريخ التمسك بها في الحالة الأولى أو الاتفاق عليها في الحالة الثانية وبشرط ألا تضر بالحقوق التي كسبها الغير. وإذا وقع نزاع حول صحة المقاصة الاختيارية حسمه القاضي ولكن ذلك لا يقلبها إلى مقاصة قضائية، ومن ثم فإذا ثبت له توافر شروطها تعين عليه إعمال آثارها دون أن تكون له السلطة التقديرية التي له حيال المقاصة القضائية، ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى للمطالبة بحق له في ذمة المدين وأراد الأخير إجراء المقاصة الاختيارية لم يكن في حاجة إلى سلوك سبيل الطلب المعارض كالشأن في المقاصة القضائية بل يكفي أن يتمسك بذلك أمام المحكمة (يراجع في ذلك كله السنهوري بندي ٥٥٧ و٥٥٨ وهامشهما، غانم بند ٢٦٦).

ثالثاً: المقاصة القضائية: تجرى المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى. ولابد أن تكون في دينين متقابلين تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية، وتتعذر المقاصة الاختيارية. ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائزة، لوقع من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقي الدينين، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع دعوى عارضة، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية، ولتحتم على القاضي الحكم بها متى ثبت له وقوعها. وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجري هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة، ولا احتاج إلى دعوى عارضة، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية، فتحتم على القاضي الحكم بها. فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن لهذا أن ينزل عنها وأن يجري المقاصة الاختيارية بدلاً من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً

ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث تخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين: الخلو من النزاع ومعلومية المقدار، ولذلك إذا لم يكن بين الدينين تماثل وجب القضاء بكل من الدينين. وقد يكون كل من الدينين محل نزاع غير معلومي المقدار فتكون المقاصة بينهما قضائية. والمقاصة القضائية تقضي الدينين بقدر الأقل منهما ولكن من تاريخ حكم القاضي لا من تاريخ تقابل الدينين ولا من وقت رفع الدعوى بها (السنهوري بند ٥٦٠ - غانم بند ٢٦٧ - جمال زكي بند ٥٩٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كانت المقاصة التي انتهى إليها الحكم تنطوي في حقيقتها على مقاصة قضائية قدرت المحكمة في سبيل إجرائها كلا من الدينين ومدى المنازعة فيه وأثرها عليه ثم أجرت المقاصة بموجبها بعد ذلك - فإنه لا يؤثر في ذلك ما استطرد إليه الحكم تزيداً من توافر شروط المقاصة القانونية" (الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/١/٢ س٩ ص٤٣)، وبأنه "طبقاً لنص المادة ٣٦٢ من القانون المدني أن يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يكون هناك تقابل بين الدينين أي أن يكون كل من طرفي المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائناً له فيتقابل الدينان وينقضيان بالمقاصة" (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ س٣٨ ع١ ص٤٣٩)، وبأنه "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه طبقاً للمادة ١٢٥ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢، الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥س٤١ ع١ ص٥٩١، الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٩ س٣٦ ع١ ص١٩٠٧)، وبأنه "يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض. وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا باستحقاقه للريع بعد إبطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التي يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الريع المقضي به لا يكون مخالفاً أو مشوباً للقصور" (الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٥ س٢٤ ص٤٣٠، الطعن ٢١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ س٢٠ ص٩٩٦، الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥، الطعن ١١٠ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٥١٩)، وبأنه "يشترط للإدعاء بالمقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدمه، وكانت المادة ١٢٣من قانون المرافعات تشترط لقبول الطلب العارض أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدي شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، وإذ لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ومن ثم لا يجوز إبداء طلبات عارضة في الاستئناف ويكون طلب الطاعن إجراء المقاصة القضائية لأول مرة في مذكرة دفاعه أمام محكمة الدرجة الثانية غير جائز قانوناً" (الطعن رقم ١٠٤١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٣/٢ س٣٢ ص٧٣٧)، وبأنه "إذ كان لا يجوز للمدين طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على خلاف المقاصة القانونية التي يجوز له طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى - وكانت المقاصة القانونية وعلى ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين الذي يطلب التقاص به أن يكون خالياً من النزاع - أي محققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين ومعلوم المقدار - وأن يكون مستحق الأداء وكان الثابت في الدعوى أن الطاعن لم يطلب المقاصة إلا أمام محكمة الاستئناف وإذ كان الدين الذي طلب التقاص به مازال محل نزاع في الدعوى رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٧٩ تجاري كلي جنوب القاهرة لم يحسم بعد ومن ثم فلا نعي على الحكم المطعون فيه إن هو اعتبر أنه بصدد مقاصة قانونية لم تتوافر شروطها وأغفل بحث المقاصة القضائية باعتبارها من قبيل الطلبات الجديدة التي لا تقبل أمام محكمة الاستئناف ولذا يكون ما ورد بسبب الطعن على غير أساس" (الطعن رقم ٢١٠٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٧، الطعن رقم ٩٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ س٣٥ ص٢١٠٣)

وبأنه "طلب الطاعن إجراء المقاصة فيما يدعيه من دين بما اشتمل عليه من ثمن أنقاض العقار محل النزاع دون تعيين مقدار هذا الدين وخلوه من النزاع إنما ينطوي في حقيقته على مقاصة قضائية، ولما كان يتعين على الطاعن أن يسلك في هذا المطلب سبيل الدعوى العادية أو أن يبديه في صورة طلب عارض أمام محكمة أول درجة ألا أن تنكب هذا الطريق الصحيح بإبداء طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فإن هذا الطلب يكون غير مقبول باعتباره من الطلبات الجديدة التي لا يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وتقضي المحكمة بعدم قبوله من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يستجب لدفع الطاعن بالحبس ولطلبه إجراء المقاصة فإنه يكون صحيح النتيجة قانوناً. ومن ثم فلا يجدي الطاعن تعييب الأسباب القانونية للحكم في هذا الخصوص، ذلك بأنه متى كان الحكم المطعون فيه سليماً في نتيجته التي انتهى إليها فإنه لا يبطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأخطاء بغير أن تنقضه" (الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)، وبأنه "لما كان الثابت أن الطاعنة قد طلبت أمام محكمة الاستئناف لأول مرة إجراء المقاصة القضائية المنصوص عليها في المادة ١٢٥ من قانون المرافعات، وكان يشترط للادعاء بالمقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوى أصيلة أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إلى الخصم أو يبدي شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها تطبيقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات، وكانت الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من هذا القانون، ومن ثم لا يجوز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر في قضائه بعدم قبول طلب الطاعنة المقاصة القضائية فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" (الطعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٥٥، ٤٢٠، ٥٧٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٥/٣٠)، وبأنه "لقاضي الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه، أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتاً في ذمة المدين ويقضي بالمقاصة في هذا المقدار" (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧٢٠).

والتمسك بالمقاصة القضائية :

لا تجوز بها إلا عن طريق الدعوى سواء كانت بطلب أصلي يرفع ابتداء إلى المحكمة أو كانت بطلب عارض يبدى بالطريق الذي رسمته المادة ١٢٣ من قانون المرافعات وقد نصت على ذلك المادة ١٢٥ من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأنه "يشترط لإجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض . وإذ كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا باستحقاقه للريع بعد إبطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التي يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الريع المقضي لا يكون مخالفاً للقانون أو مشوباً بالقصور" (نقض ١٩٧٣/٣/١٥ س٢٤ ص٤٣٠)، وبأنه "المقاصة القضائية لا تكون إلا في صورة دعوى أمام القضاء، وهي تكون عادة عارضة يرفعها المدعى عليه على المدعي يدفع بها الدعوى الأصلية إما بموجب صحيفة أو بإبداء طلبها شفوياً بالجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، ولا يغني عن ذلك أن يبدي في صورة دفع للدعوى، ولا على المحكمة في الحالة الأخيرة أن أغفلت الرد على هذا الدفع" (الطعن رقم ٨٨١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٣/١/١٦)

وبأنه "يشترط لإجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية. ويشترط لقبول الطلب العارض وفقاً للمادة ١٥٠ من قانون المرافعات السابق أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة في الجلسة في حضور الخصم، ويثبت في محضرها. وإذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بإجراء هذه المقاصة في صورة دفع لدعوى المطعون عليه، ولم يطلبها بطلب عارض، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو أغفل الرد على هذا الدفع" (الطعن رقم ٥ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)، وبأنه "يشترط لإجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية. ويشترط لقبول الطلب العارض وفقاً للمادة ١٥٠ من قانون المرافعات السابق أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة في الجلسة في حضور الخصم، ويثبت في محضرها. وإذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بإجراء هذه المقاصة في صورة دفع لدعوى المطعون عليه، ولم يطلبها بطلب عارض، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو أغفل الرد على هذا الدفع" (الطعن رقم ٥ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)، وبأنه "يشترط طلب لإجراء المقاصة القضائية أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية (م١٥٢ من قانون المرافعات) وإذ كانت المادة ١٥٠ من قانون المرافعات تشترط لقبول الطلب العارض أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها فإنه لا يجوز طلب هذه المقاصة في صورة دفع لدعوى الخصم" (الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٣)، وبأنه "إذا كان دفاع الطاعن أمام محكمة أول درجة - وقد أبدى في صورة طلب عارض - ينطوي على طلب إجراء المقاصة القضائية بين الريع المستحق للمطعون ضده عن أعيان التركة وبين الديون التي قام الطاعن بسدادها عن تركة مورث المطعون ضده، وهو دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم إذ خلا من الرد على هذا الدفاع يكون مشوباً بالقصور" (الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)، وبأنه "للمدعى عليه طبقاً للفقرتين (١، ٢) من المادة ١٢٥ من قانون المرافعات أن يقدم من الطلبات العارضة طلب المقاصة القضائية بين ما يطالبه به المدعى وما يدعى استحقاقه بذمته أو أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها فإذا لم يتقدم بهذه الطلبات فلا تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها والفصل فيها" (الطعن رقم ٧٥٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٥)، وبأنه "للمدعى عليه وفقاً لنص المادة ١٥٢ من قانون المرافعات أن يقدم من الطلبات العارضة طلب المقاصة القضائية وأي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها- وعلى المحكمة طبقاً لنص المادة ١٥٥ من ذات القانون أن تحكم في موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا استبقت الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه، فإذا كانت دعوى الطاعن الفرعية- على ما أورده الحكم المطعون فيه بشأنها - تنطوي على طلب بالمقاصة القضائية بين ما يستحقه الطاعن وباقي المستأجرين في هذه الدعوى الفرعية قبل المطعون عليها الأولى- قيمة ما حصلته زيادة عن الإيجار المستحق لها وبين ما تستحقه هذه الأخيرة قبلهم من الإيجار في الدعوى الأصلية - وكان هذا الطلب منهم يعتبر دفاعاً في الدعوى الأصلية يرمي إلى تفادي الحكم عليهم بطلبات المطعون عليهم الأولى- فإن هذا وذاك يجعل الدعوى الفرعية مقبولة يتحتم على المحكمة قبولها والحكم فيها طبقاً لنص المادة ١٥٥ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ١١٠ لسنة ٢٥ق)، وبأنه "يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض ويجب أن يكون الطلب العارض في صيغة صريحة وجازمة" (الطعن رقم ٣١٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٥/٥)

وبأنه "لما كانت الأجرة- التي لم تحدد بعد- ليست معلومة المقدار ولا خالية من النزاع فلا على الحكم إن هو ذهب في خصوصها إلى أنه إزاء مقاصة قضائية لا يجوز إبداؤها إلا بدعوى أصلية أو بطلب عارض ولا تقبل إثارتها لأول مرة في مرحلة الاستئناف" (نقض ١٩٧٧/٤/٦ س٢٨ ص٩٣٦ ونقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥)، وبأنه "المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه طبقاً للمادة ١٥٢ من قانون المرافعات فإذا كان الطاعن لم يبد طلب المقاصة القضائية بين ما هو مستحق عليه من الثمن وما هو مستحق له من الثمار إلا أمام محكمة الاستئناف فإنه حتى لو اعتبر هذا الطلب منه عارضاً فإنه يكون مقبول لإبدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فلا على المحكمة إن هي التفتت عنه" (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥).

(٤) اتحـــاد الذمـــة :

المقصود باتحاد الذمة :

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً. فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن، أو تحقق أي سبب قانوني آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن، فاجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين. وتعذر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه، إذ هو دائن ومدين، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين. ومن ثم ينقضي الدين، أو في الصحيح يقف نفاذه، ويلاحظ الفرق الجوهري بين اتحاد الذمة والمقاصة؛ فالمقاصة تفترض شخصين بينهما التزامان، المدين في أحدهما دائن في الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض ديناً واحداً يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه. ويتحقق اتحاد الذمة في الغالب عن طريق الميراث، فإذا كان المدين وارثاً لدائنه، وتوفي هذا الأخير، فإن المدين يرث فيما يرثه عنه حق المورث في ذمته، ويصبح الوارث دائناً لنفسه، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين، وينقضي الدين باتحاد الذمة، فإذا كان المدين وارثاً واحداً اتحدت الذمة في كل الدين وانقضى كله، وإذا ورث ثلث التركة مثلاً، اتحدت الذمة بقدر الثلث وبقي الدين في ذمته، بقدر الثلثين لبقية الورثة.

حالات اتحاد الذمة :

(١) الميراث : وأكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث. فيكون هناك شخص مدين لآخر، وفي الوقت ذاته وارثه. فإذا مات الدائن، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين. فإذا فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن، فإنه يرث كل الدين الذي للتركة في ذمته، فيصبح دائناً في هذا الدين نفسه، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن، فينقضي الدين أو يقف نفاذ عن طريق اتحاد الذمة. وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف، فقد ورث من الدين نصفه، فاتحدت الذمة في هذا النصف، فانقضى أو وقف نفاذه. أما النصف الآخر من الدين، فيبقى الدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر. وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين، ومات المدين، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة، فإن طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهي التي تسري في الميراث، وإن كان يرث الدين الذي على التركة. ومن ثم لابد من سداد الدين أولاً، فيستوفي الدائن هذا الدين من التركة. وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون فيرثها الدائن وحده أو مع غيره. وفي هذه الصورة لا تتحدد الذمة في الدين الذي على التركة بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة فينقضي بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون.

(٢) الوصية: وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً. فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثلث تركته مثلاً، فيصبح الدين الموصى له بعد موت الموصي مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة. فينتقل إليه من المدين ثلثه، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية. فتتحد الذمة في ثلث الدين، ويبقى ثلثاه في ذمته ديناً للتركة. أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلث تركته، فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ المدين وموصى له بثلث التركة. ويجب طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، سداد الدين من التركة أولاً، فيستوفي الدائن عنها مبلغ الدين. وينقضي الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة، ثم يستولي الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون (السنهوري ص٨٣٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "اتحاد الذمة لا يتحقق إلا باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ومن ثم فلا يتحقق اتحاد الذم إذا ما ورث الدائن والمدين إذ تمنع من ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التي تحكم الميراث في هذه الحالة ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذي على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث الدائن حتى تسدد الديون التي عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة" (الطعن ٣٤١ لسن ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ س١٧ ص٨٤٦، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٧٦٩ جلسة ١٩٦٩/٥/١٣).

(٣) عن طريق التصرف القانوني بين الأحياء: فاتحاد الذمة قد يقع حال الحياة؛ وإن كان هذا فرضاً قليل الوقوع في العمل مثال ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدني على أنه "إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عن صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع". فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له. فيصبح المدين، بفضل هذا الاسترداد، دائناً لنفسه وتتحد الذمة في الدين. والواقعة التي أدت إلى اتحاد الذمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء، فاسترداد الدين ينطوي كالشفعة على تصرف قانوني (السنهوري ص٨٣١)

كذلك شراء المستأجر العين المؤجرة، إذ يصبح المستأجر دائناً ومديناً بالأجرة. وإذا كانت العي المؤجرة عقاراً فإنها لا تنتقل ملكيتها إلى المستأجر إلا بالتسجيل، وبالتالي يتحقق اتحاد الذمة، بتسجيل العين. ومن ذلك أيضاً أن تشتري إحدى الشركات السندات التي أصدرتها. فالسند يمثل ديناً على الشركة لصالح صاحبه. فإذا قامت الشركة بشراء هذا السند، فإنها تصبح دائنة لنفسها فيتحقق اتحاد الذمة بقدر قيمة هذا السند.

وقد قضت محكمة النقض بأن "اتحاد الذمة يقتضي وجود التزام وأن يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه، فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين. ومن ثم فإن اجتماع صفتي المستأجر، والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار، فينقضي بها، إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات، لأنه بذلك تجتمع في المشتري - بالنسبة لهذا العقد - صفتا المستأجر والمؤجر. أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من الباطن) وأخوته من المالكة الأصلية للعين المؤجرة منها للطاعن (المستأجر الأصلي) قد ترتب عليه حلولهم محل الطاعن في الإجارة الصادرة منها للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتي المستأجر والمؤجر في هذه الإجارة بذاتها في شخص المشتري، ومن أجل ذلك تبقى الإجارة قائمة ولو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجرين من الباطن، وليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون المستأجر من المستأجر الأصلي هو المالك.

وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الإيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استناداً إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة استناداً إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون" (الطعنان رقما ٢٢٧، و٢٢٨ س ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧، الطعن رقم ٢٨١ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١/١١)، وبأنه شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفي لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر شراء الطاعنين لأطيان النزاع بالعقد العرفي المؤرخ ١٩٦٩/١٠/١٥ تتوافر به اتحاد الذمة في مواجهة المطعون ضدهما الأولين فينقضي عقد الإيجار الذي يتمسكون به في مواجهتها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وإذ حجبه هذا التقرير الخاطئ عن بحث قيام العلاقة الإيجارية التي يتمسك بها الطاعنون وأثرها في طلب المطعون ضدهما الأولين بتسليمهما أطيان النزاع فإنه يكون مشوباً أيضاً بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٤٣٢٩ س ٩٦٤ جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧، الطعن رقم ٨٢٨ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٨١/١/٦، الطعن رقم ٢٢١ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٥/٥)، وبأنه "المقرر - أنه ولئن كان عقد الإيجار ينتهي باتحاد الذمة كما إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت فيه صفتا المستأجر والمؤجر فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الإيجار غير أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة أما إذا اقتصر على حصة شائعة في العقار الكائنة به فإن عقد الإيجار يبقى نافذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه ولا يكون له سوى حصة في الأجرة بقدر نصيبه في الشيوع يقتضيها ممن له حق الإدارة أو يخصمها من الأجرة لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها أن الطاعنين ومورثهم من قبلهم قد حازوا عين النزاع بوصفهم مستأجرين لها بموجب عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦٨/٨/٦ ولم يتخلوا عن هذه الحيازة للمطعون ضدهم برغم انتهاء العقد والتنبيه عليهم بعدم الرغبة في تجديده وكان شراء الطاعنين لنصيب المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين البالغ قدره ٢٠/٧ من عين التداعي لم يعقبه استلام فعلي لهذه العين وإنما هو تسليم حكمي نتيجة لهذا الشراء ذلك أن البالغين لم يكونوا حائزين لهذه العين حيازة فعلية حتى يتسنى لهم تسليمها، ولما كان شراء الطاعنين القدر المشار إليه في العين المؤجرة من المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين قد ترتب عليه حلولهم محل المالكين الأصليين في الإجارة الصادرة منهم إلى الطاعنين، دون حلولهم محل المطعون ضدهما الأول والثاني في حالة اتحاد ذمة تنتهي بها الإجازة الصادرة من المطعون ضدهم للطاعنين لأنه لم يكن مؤداه اجتماع صفتي المستأجر والمؤجر في هذه الإجارة بذاتها في شخص المشترين ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة بما لازمه القول بأن عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهم للطاعنين عن عين النزاع وهو عقد صحيح يحق معه للمطعون ضدهم الأول والثاني بصفتهما أصحاب أغلبية الأنصبة في العقار محل الدعوى طلب إنهاء العقد وإذ كان الحكم خلص في قضائه إلى انتهاء عقد الإيجار الذي يستند إليه المطعون ضدهم في طلب الإخلاء فإنه يكون قد طبق صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى" (الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩).

كما قضت بأن "المقرر- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أنه وإن كان عقد الإيجار ينتهي باتحاد الذمة، كما اشترى المستأجر العين المؤجرة، لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت له صفتا المستأجر والمؤجر فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الإيجار إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة، أما إذا اقتصر على حصة شائعة فيها فإن عقد الإيجار يبقى قائماً ونافذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه، ولا يكون له سوى حصته في الأجرة بقدر نصيبه في الشيوع يقتضيها ممن له الحق في إدارة المال أو يخصمها من الأجرة" (الطعن رقم ٢٢٩٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٥)

وبأنه "اتحاد الذمة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في نفس الشخص انقضاء الدين، فإن اجتماع صفتي المستأجر والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضي بها إلا إذا ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات لأنه بذلك يجتمع في المشتري بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر" (الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)، وبأنه "لا يتحقق اتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين وفقاً للقاعدة الشرعية أن لا تركة إلا بعد سداد الديون" (نقض ١٩٦٦/١/١٤ س١٧ ص٨٤٦).

قابلية كافة الديون للانقضاء باتحاد الذمة:

يرد اتحاد الذمة على كل الديون أياً كان مصدرها؛ أي سواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص في القانون. ولا يقتصر اتحاد الذمة على الحقوق الشخصية وحدها، بل هو يرد أيضاً على الحقوق العينية، مثال ذلك إذا توفي مالك الرقبة فورثه المنتفع، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به أو بالعكس، أو إذا وفي حائز العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فهو يحل محل الدائن في الرهن الوارد على عقاره. كما يرد على كافة الديون أياً كان الوصف الذي يلحق بها. فيصح اتحاد الذمة في الدين البسيط في الدين المضاف إلى أجل وفي الدين المعلق على شرط واقف وفي الدين المعلق على شرط فاسخ إلا إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ فقد زال الدين وزال معه اتحاد الذمة (السنهوري ص٨٤٦).

آثار اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وإذ كان لم يتم في اتحاد الذمة وفاء حقيقي، فإن أثره يقتصر على وقف نفاذ الدين من جهة المطالبة به لاستحالة أن يطالب الشخص نفسه. ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان أولاهما أنه وإن أصبح الدين موقوفاً باتحاد الذمة إلا أنه يبقى ويعتمد به في غيره ما يتعلق بالمطالبة القضائية، فإذا ورث الدائن المدين اعتد بالدين في تحديد القدر الجائز الإيصاءية، وإذا ورث الكفيل الدائن لم تبرأ ذمة المدين، وإذا اتحدت ذمة الدائن واحد المدينين المتضامنين فلا ينقضي الدين إلا بنسبة حصة هذا الأخير، وثانيهما أنه إذا زال بأثر رجعي سبب اتحاد الذمة عاد الدين بملحقاته، كالشأن فيما لو بطلت الوصية (السنهوري بند ٥٦٧ وما بعده - جمال زكي بند ٦٠١ - غانم بند ٢٧٠، محمد كمال عبد العزيز ص١٠٨٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المدمج فيها أن الشركة الناتجة عن الاندماج خلفاً عامة للشركات المندمجة وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها، فإنه يترتب على الإدماج – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تنمحي شخصية الشركة المدمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضائها. وإذا كان الثابت أنه قد اجتمعت في شخص الشركة الجديدة صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك – الطاعن – فإنه ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدني" (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢١ س٢١ ص٨٨٠)، وبأنه "اتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين. ومن ثم فإن اجتماع صفتي المستأجر والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضي بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات، لأنه بذلك تجتمع في المشتري بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر

أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من الباطن) وأخوته من المالكة الأصلية العين المؤجرة منه للطاعن (المستأجر الأصلي) قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية في الإجارة الصادرة منها إلى الطاعن، دون حلولهم محل الطاعن في الإجارة الصادرة منه إلى المطعون عليه، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة اتحاد ذمة تنتهي بها الإجارة بذاتها في شخص المشتري. ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة إذ كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقل إلى المستأجر من الباطن، وليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون المستأجر هو المالك وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الإيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استناداً إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٣٩٨، الطعنان رقما ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧، الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١/١١، جلسة ٦٣/٦/٢٧ س١٤ ص٩٢٨)، وبأنه "شراء المستأجر للعين المؤجر بعقد عرفي لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد ذمة في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة" (الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧، الطعنان رقما ٢٦٠٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩ س٤٣ ع١ ص٢٥٥، الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٨/١/٦، الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٥/٥ س٣٣ ع١ ص٤٨٤، الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ س٢٨ ع١ ص٨٧٧).

وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة. ففي هذه الحالات الأخيرة ينقضي الدين حقيقة، ولا يعود له وجود. أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقي، بل إن الدين يقف نفاذه، كما قدمنا، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلاً. فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين، ومن يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها. ولكن الدين، وهو موقوف على هذا النحو، يبقى مع ذلك معتداً به من نواحٍ أخرى. (السنهوري ص٧٧٠ – إسماعيل غانم ص٣٧٣؛ حجازي ص٢٩٨)

١- حساب الدين في نصاب الوصية: فإذا مات الدائن وورثه المدين، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلاً، فإن الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة، فلا يستطيع المدين، وقد ورث الدين فأصبح دائناً، أن يطالب به نفسه. ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تجاوز النصاب حتى تكون صحيحة. فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد الذمة قائماً في حساب هذا النصاب. فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف، وجب لحساب الثلث الذي تجوز فيه الوصية أن تضاف قيمة الدين وهي ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة. أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الذمة من جميع النواحي، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة، ولكان ثلثها ألفاً، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح (السنهوري ص٧٧١ – إسماعيل غانم فقرة ٢٩٨ ص٦٥٠).

٢- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن: فإذا مات الدائن وورثه الكفيل فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضي التزام الكفيل، فليس ينقضي على النحو الذي ينقضي به لو أن الكفيل وفي للدائن، فإن الكفيل إذا وفي الدين للدائن، ينقضي الدين، وتبرأ ذمة المدين الأصلي، ويرجع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. أما إذا ورث الكفيل الدائن، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، لم ينقض الدين الأصلي، ويطالب الكفيل الذي أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته. وإذا تحدت ذمة المدين الأصلي والدائن، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل. ذلك أن المدين الأصلي- وقد أصبح باتحاد الذمة دائناً – إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً، فيشمل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول.

٣- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي: وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة، بمعنى أنه إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلاً الدين للدائن، لم يستطع – وقد أصبح مديناً أصلياً بالميراث وذلك في القانون الفرنسي دون القانون المصري- الرجوع على نفسه. ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه المطالبة. ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة فيجوز للدائن، في هذه الحالة، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مديناً أصلياً، أن يرجع على كفيل الكفيل. ولهذا الأخير، إذا وفي الدين، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي. وقد نصت المادة ٢٠٣٥ من التقنين الفرنسي صراحة على هذا التحكم، إذ تقول: "إتحاد الذمة الذي يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله، عندما يرث أحدهما الآخر، لا يقضي دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل". وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم، فصار في القانون الفرنسي كفيلاً ومديناً في وقت واحد. فإن وفي الدين باعتباره كفيلاً، رجع على أي من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه. أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً، لم يستطع الرجوع على باقي المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين.

٤- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن: تنص المادة ٢٨٨ مدني على أنه "إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن" وعليه إذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة، ولكنه لا ينقضي على هذا النحو الذي ينقضي به فيما إذا وفي المدين المتضامن الدين للدائن. فإن المدين المتضامن، إذا وفي الدين الدائن، رجع على باقي المدينين المتضامنين كل بقدر حصته في الدين. أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن، فالدين لا ينقضي إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة، إذ أن حصة المدين المتضامن في الدين هي وحدها التي تنقضي، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه الحصة لنفسه. والباقي من الدين، بعد استنزال هذه الحصة، يرجع به المدين المتضامن – الذي أصبح دائناً بالميراث – على أي من المدينين المتضامنين الباقين.

وغني عن البيان أن المدين المتضامن، الذي أصبح دائناً بالميراث، يستطيع أن يعتبر نفسه مديناً وفي دينه بطريق اتحاد الذمة، لا دائناً استوفي حقه بهذا الطريق. ولكنه، على الاعتبار الأول، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم. فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر، حيث يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو. كذلك إذا ورث المدين أحد الدائنين المتضامنين، فإن اتحاد الذمة لا يقضي من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن. ذلك أن المدين يصبح دائناً متضامناً، ولو استوفي الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقي الدائنين بحصصهم، فلا يبقى في يده إلا حصته. فهذه الحصة وحدها هي التي يصبح فيها دائناً ومديناً في وقت واحد، فتتحد فيها الذمة. ويستطيع بعد ذلك أي من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقي من الدين (راجع فيما تقدم السنهوري ص٧٧٢ وما بعدها)

أما إذا ورث أحد المدينين المتضامنين متضامناً آخر، فلا محل هنا لاتحاد الذمة، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأمينات. وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً، ليطالبه بحصتين من الدين بدلاً من حصة واحدة (توليبه ٧ فقرة ٤٣٣ – ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٧ – بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٣)

ومما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يقضيه أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه للدائن المرتهن المتقدم في المرتبة، وحل محله في الرهن، أصبح في دعوى الرهن دائناً ومديناً في وقت واحد، فتتحد فيها الذمة. على أن هذا لا يعني أن حق الرهن المتقدم قد انقضى، وكل ما يعنيه أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه، ولكنه يستطيع أن يستعمله صد الدائن المتأخر في المرتبة، إذ أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر في المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم. وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باتحاد الذمة، بل وقف نفاذه حيث تعذر استعماله، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢)

كذلك مستأجر العقار- وتعطيه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مدى الإيجار بعد انقضائه- إذا اشترى العقار، فوقف باتحاد الذمة حقه كمستأجر، يعود حقه إلى الظهور رقم اتخاذ الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠ -بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢- كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص٤٠٢- جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص٥٠٣- انسيكلوبيدي داللوزا لفظ confusion فقرة ٣٢).

زوال سبب اتحاد الذمة:

إذا زال سبب اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته وبذات مقوماته كما لو يكن قد ورد انقضاء، فيعود تجارياً أو مدنياً كما كان، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها، مشمول بسند تنفيذي أو غير مشمول، كما تعود إليه تأميناته الشخصية والعينية، مثال ذلك، أن تكون الوصية هي سبب اتحاد الذمة، ثم يتبين بطلانها، فيعود الدين في ذمة الموصى له بذات مقوماته من صفات ودفوع وتأمينات، على أن التقادم الذي كان سارياً بالنسبة لهذا الدين يعود إلى سريانه من وقت زوال السبب إذ كان موقوفاً بسبب اتحاد الذمة لعدم إمكان المطالبة به بسبب اتحاد الذمة، ومثل ذلك أيضاً إبطال عقد شراء الكمبيالة وإبطال عقد شراء المستأجر العين المؤجرة، إذ للإبطال أثر رجعي. ومثل إبطال العقد، القضاء بفسخه، إذ يترتب على ذلك انحلال العقد، ويكون لانحلاله أثر رجعي وفقاً للقواعد العامة، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بعد أن زال العقد الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي بموجب الفسخ أو البطلان. فإن لم يكن لزوال سبب اتحاد الذمة أثر رجعي، فلا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل نشوء هذا السبب، بل يظلان على الحالة التي أصبحا عليها وقت زوال سبب اتحاد الذمة. كما يزول اتحاد الذمة إذا كان الالتزام الذي انقضى باتحاد الذمة معلقاً على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف تخلف، مثال ذلك بيع الوصي الشيء المؤجر لمستأجره ويعلق البيع على شرط واقف هو موافقة محكمة الولاية على المال، فترفض الطلب (أنور طلبة ص٤٢٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدى النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني على أنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن وأن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فاجتمعت له فيه صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الإيجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١٦٠ من القانون المدني أن تعود العلاقة الإيجارية التي كانت قائمة بينهما قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشتري مستأجراً والبائع مؤجراً لاستعادته صفة المالك. أي تترتب التزامات عقد الإيجار بمقوماته الأصلية بينهما" (الطعن رقم ٢٦٨٩، ٢٦٠٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

وبأنه النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني على أنه "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين، وإن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه تتحقق به صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع" (الطعن رقم ٨٠١٤ لسنة ٦٥ق جلسة٣٠/٦/١٩٩٦)، وبأنه "زوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء ببطلان عقد البيع وبما للحكم بتقرير البطلان من أثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١/١٤٢ من القانون المدني لازمه أن تعود العلاقة الإيجارية التي كانت قائمة بين الطرفين قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشتري مستأجراً والبائع مؤجراً وتترتب التزامات عقد الإيجار بمقوماته الأصلية بينهما" (الطعن رقم ٨٠١٤ لسنة ٦٥ق جلسة ٣٠/٦/١٩٩٦، الطعن رقم ١٤٦٢ لسنة ٦١ق جلسة ١٠/١٢/١٩٩٥)، وبأنه "اتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين، فإن اجتماع صفتي المستأجر والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضي بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع في المشتري بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر. وإذ كان الثابت بالأوراق أن عقد الإيجار المؤرخ ١/١١/١٩٦٣ الذي كان مورث الطاعنين يستأجر بموجبه أطيان التداعي من الحارس القضائي قد انقضى بعدم قيام المورث بسحب العقد المذكور من الجمعية وإقراره بذلك على النحو الثابت بالشهادة المؤرخة ٧/٤/١٩٧٩ الصادرة من الجمعية التعاونية الزراعية وأن الخبير المنتدب في الدعوى خلص في تقريره إلى أن عقد شراء المورث للأطيان محل التداعي المؤرخ ١٠/١/١٩٧٢ لم يصدر من المالك الحقيقي ومن ثم فلا تكون حالة اتحاد الذمة متوافرة" (نقض ٧/٤/١٩٩٤ طعنان ٣٧٤٠ س ٥٩ق، ١٥٧ س ٦٠ق)، وبأنه "لئن كان عقد الإيجار ينتهي باتحاد الذمة كما إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت فيه صفتا المستأجر والمؤجر فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الإيجار إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة أما إذا اقتصر على حصة شائعة في العقار الكائنة به فإن عقد الإيجار يبقى نافذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه ولا يكون له سوى حصة في الأجرة بقدر نصيبه في الشيوع يقتضيها ممر له حق الإدارة أو يخصمها من الأجرة" (الطعن رقم ١٤٦٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٠/٦/١٩٨٧)، وبأنه "مؤدى المادة ٣٧٠ من القانون المدني أنه إذا اجتمعت صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد في ذات الشخص انقضى الدين لاتحاد الذمة وبالقدر الذي اتحدت فيه فإذا زال بأثر رجعي سبب هذا الاتحاد اعتبر كأن لم يكن وعاد الدين بملحقاته إلى الوجود" (طعنان رقما ٥٨٧٠، ٧٢٥١ لسنة ٦٦ق جلسة ١٢/٦/١٩٩٧)، وبأنه "النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني على أنه: "(١) إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. (٢) وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن". يدل وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني على أن اتحاد الذمة ليس في الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة به من جراء اتحاد صفة الدائن والمدين في ذات الشخص، فإذا زال المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى" (الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ق جلسة ٢/٥/٢٠٠٠).

زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة. ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن فاتحدت الذمة في الدين، ثم اتفق الوارث، باعتباره دائناً، مع شخص آخر فحول الدين له. ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائناً للوارث. ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه. ففي المثل الذي نحن بصدده، إذا كان للدين كفيل شخص أو عيني، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فإن الكفالة لا تعود، ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين المحال له والوارث، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (السنهوري ص٧٧٥).

انقضاء الالتزام دون الوفاء به :

١- الإبـــــراء

المقصود بالإبراء :

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل وينقضي به التزام المدين. والإبراء تصرف قانوني بإرادة منفردة من جانب الدائن فلا يشترط من ثم لإنتاج أثره ما كان يشترطه القانون الملغى من موافقة المدين أو اتفاقه عليه مع الدائن، إذ هو ينتج أثره بمجرد التعبير عن الإرادة من جانب الدائن. ولا يتوقف تمامه على قبول المدين بل يكفي مجرد علمه به .

ولكن يرتد برده إذ قد لا يرتضى منة من أحد، ويجب حتى ينتج الرد أثره، أن يعلنه المدين بمجرد علمه به، فإن قبله أو سكت عن الرد سقط حقه فيه، ولما كان إيجاب المدين للإبراء نافعاً له نفعاً محضاً فيكفي السكوت لتحقق القبول، ومن ثم يجوز لدائني المدين في حالة قبوله للإبراء أو سكوته عليه، أن يتمسكوا ببراءة ذمته من الدين الذي ورد الإبراء عليه دون أن يكون للمدين الاحتجاج عليهم به، فإن قام بالوفاء به بعد ذلك، كان ذلك دفعاً لغير المستحق وجاز لدائنيه اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لاسترداد محل الوفاء من الدائن المبرئ . (أنور طلبة ٤٣٥)

ويصح أن يرد الإبراء على أي التزام ما لم يكن مخالفاً للنظام العام كحقوق الولاية والنسب أو الحق في النفقة. ويصح أن يكون الإبراء معلق على شرط واقف أو فاسخ. ويجوز أن يكون محل الالتزام الذي يرد عليه الإبراء عملاً أو امتناعاً عن عمل أو مبلغاً من النقود أو منقولاً غير معين، أو منقولاً معين وإن كان يتعذر في هذه الحالة الأخيرة إعمال آثار الإبراء إذا كانت ملكية المنقول تنتقل فور قيام الالتزام ولكن لا يجوز التنازل عن حق قبل كسبه . (السنهوري بند ٥٨١ وهامشه)

ولما كان الإبراء لا يتخلف عنه التزام طبيعي فإن المبرئ يكون ملزماً بالرد متى طالب به المدين أو دائنوه. ويترتب على هذا الرد زوال أثر الإبراء في انقضاء الدين وإذ كان في الرد إفقار للمدين فإنه يستلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع ويجيز لدائنيه الطعن في رد الإبراء بالدعوى البوليصية أما عن الوقت الذي يجوز فيه رد الإبراء فإنه يتعين أن يتم في المجلس الذي علم فيه المدين بالرد ويرجع في تنصيل ذلك إلى الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لتكييف الإبراء في التقنين الحالي .

ومتى علم المدين بالإبراء وقبله أو سكت عليه ولم يرده فور علمه به، تم الإبراء ولزم الدائن فلا يستطيع الرجوع فيه، فإن كان الدائن قد أرسل إلى المدين كتاباً أو إعلانا متضمناً الإبراء، وقبل وصوله إلى المدين توفي الدائن أو فقد أهليته، فإن الإبراء يتم بمجرد وصوله إلى المدين وقبوله له أو سكوته عليه .

ويترتب على الإبراء، انقضاء الدين وتأميناته سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن والاختصاص والامتياز. ولكن الإبراء في الصلح مع المدين المفلس من بعض الدين لا يبرئ ذمة كفلائه. وإذا أبرأ الدائن ذمة الكفيل فإن ذلك لا يؤدي إلى إبراء ذمة المدين إذ للدائن أن يتنازل عن التأمينات التي تكفل دينه مع استبقاء هذا الدين، وأن تعدد الكفلاء غير المتضامنين وأبرأ الدائن أحدهم ظل الباقون مسئولين عن الدين كل بقدر حصته في الدين، فإن كانوا متضامنين جاز الرجوع على أي منهم بالباقي من الدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي أبرأه الدائن متى كانت كفالة الأخير معاصرة أو سابقة على كفالة باقي الكفلاء إذ يكون هؤلاء قد اعتمدوا على كفالته، ولذلك فليس لهم استنزال حصته إن كانت كفالته لاحقة لكفالتهم (أنور طلبة ص٤٣٦). وإن كان الإبراء لأحد المدينين المتضامنين، سرت أحكام المواد ٢٨٩-٢٩١.

وقد قضت محكمة النقض بأن "التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما، إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات، وإذ كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به، فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً، فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً ولا يتقادم أبداً، ويحق للمتنازل إليه أن يطلب في أي وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها إبطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله" (نقض ١٩٦٤/٥/٢٨ س١٥ ص٧٣١)، وبأنه "يجب على المحكمة الاستئنافية أن تبين مقدار التعويض النهائي وما قبضه الولي الطبيعي. ومقدار الباقي منه ليتبين لها إن كان للولي الطبيعي التنازل عنه دون إذن من المحكمة المختصة من عدمه" (نقض ١٩٩٦/٣/١٢ طعن ٦٧٧ س ٦٤ق) وبأنه"متى كانت عبارات الإقرار صريحة وقاطعة في الدلال على أن التنازل الذي تضمنه هو تنازل نهائي عن الأجرة المطالب بها في الدعوى وليس مقصوراً على الحق في السير فيها، فإن مقتضى هذا التنازل سقوط حق المقر نهائياً في المطالبة بتلك الأجرة بأي طريق وبالتالي فكل دعوى يرفعها بالمطالبة بهذه الأجرة تكون خليقة بالرفض إذ لا يجوز له أن يعود فيما أسقط حقه فيه" (نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ س١٦ ص١٢٧٩ وأنظر في التنازل عن حق الارتفاق، نقض ١٩٧٠/١/١٥)، وبأنه "لما كان الالتزام بنقضي بنص المادة ٣٧١ من القانون المدني إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المطعون ضده والمؤرخ ... والمعنون بعبارة - اتفاق استلام مبالغ وتخالص - والذي تضمن أن المطعون ضده استوفي من الطاعة ما حصله من أجرة الأرض الزراعية وتحاسباً عنه وعن مبالغ أخرى غير مكلف بأي عمل يتعلق بها، مما مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به بالاتفاق المؤرخ .... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتى لو لم يحصلها فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه على مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ .... وقد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحق فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق" (الطعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١/١٢).

الأحكام التي تسري على الإبراء :

وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل، فهو ينزل عن حقه دون عوض. ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن. وهذا هو الذي يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة، كالتجديد والصلح. ولما كان الإبراء تصرف تبرعياً محض من جانب الدائن. فتسري عليه الأحكام الموضوعية للتبرع. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني سالفة الذكر على أن "يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع". وبالتالي يجب أن يتوافر لدى الدائن أهلية التبرع بأن يكون الدائن عاقلاًَ رشيداً، فإن كانت أهليته ناقصة لصغر أو لعاهة في العقل كجنون أو عته أو سفه. امتنع عليه الإبراء، وليس للولي أو الوصي أو القيم إبراء المدين ولو بإذن المحكمة، مثل الإبراء في ذلك مثل رد الإبراء، ومتى انتفت أهلية التبرع، وقع الإبراء باطلاً. كما يجب أن يكون الرضاء خالياً من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وفقاً للقواعد العامة. (أنور طلبة ص٤٣٨)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه "يعتبر الإبراء فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية (كالأهلية والدعوى البوليصية تبرعاً.... الخ" (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ص٢٩٦)، ويصح الطعن بالإبراء بالدعوى البوليصية ولو كان من صدر له الإبراء حسن النية، ولو ثبت أن الدائن المبرئ لم يرتكب غشاً (م٢/٢٣٨ مدني) والإبراء الصادر في مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية (م١/٩١٦ مدني). والرجوع في الإبراء تنطبق عليه أحكام الرجوع في الهبة (م٥٠٠ مدني وما بعدها، عبد المنعم الصدة ص١٤٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تشترط المادة ٥٠٠ من القانون المدني للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه في غط قد ثبت فساده كما أن ما يدعيه من أن دين الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح في القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلا للمورث إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على ورثته كل بقدر حصته الميراثية، إذا كان ذلك، فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في إقراره بالتنازل يكون منتفياً" (نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ س١٦ ص١٢٧٨)، وبأنه "الحكم بإبطال التنازل الصادر من شخص إلى آخر عن ديونه قبل الغير هو موضوع غير قابل للتجزئة بالنسبة لطرفي التنازل، فإذا طعن في هذا الحكم ولم يختصم المتنازل كان الطعن غير مقبول إذ لا يستقيم أن يكون التنازل صحيحاً بالنسبة لأحد طرفيه وباطلاً بالنسبة للطرف الآخر" (نقض ١٩٥٣/١/٨ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٧٦) وبأنه "الاتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والمدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أي مقابل من جانب المدين لا يعتبر صلحاً وإنما إبراء من جزء من الدين، وهو عمل تبرعي محض، لا يملك مجلس الإدارة إجراءه أو إجازته طبقاً لنص المادة ٤٠ من قانون الشركات المساهمة رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ وبالتالي فلا يملك التنازل عن هذا الحق لأحد أعضائه أو لأحد المديرين، وإلا كان عملاً باطلاً طبقاً لنص المادة ١٠٢ من القانون المذكور" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١٠٠)

شكــل الإبــراء:

تنص المادة ٢/٣٧٢مدني على أنه "ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق" فيتبين من نص هذه الفقرة أن الإبراء تصرف قانوني ليس له شكل خاص فيصح أن يتم شفاهة أو بورقة عرفية ولو كان الالتزام ثابتاً بعقد رسمي، ويكون صريحاً إذا قرر الدائن أنه يبرئ مدينه من دينه أو إذا حرر له مخالصة صورية بهذا الدين، وقد يستفاد ضمناً، بأن يوجد عقد لم ينفذ ويتنازل الدائن فيه عن حقه المترتب عليه، ويرجع في ذلك إلى نية المتعاقدين. ولكن الإبراء لا يفترض، لأنه عند الشك في تنازل الدائن عن حقه، ينتفي قصد الإبراء (أنور طلبة ص٤٣٨).

إثبــات الإبــراء:

وإذ كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعي أن دائنه أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين، وتسري في ذلك القواعد العامة في الإثبات. الوارد عليه الإبراء يجاوز نصاب الإثبات بالبينة، فلا يجوز إثبات الإبراء الذي يتمسك به المدين إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما إن كان الدين لا يجاوز نصاب البينة، جاز إثباته بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، ومن القرائن القضائية وجود سند الدين بيد المدين وهي قرينة قابلة لإثبات العكس. إذ أن الدائن في حالة الإبراء، أو لدائن المدين في حالة رد الإبراء، عند الطعن في الإبراء أو الرد بالدعوى البوليصية، إثبات الإبراء أو الرد بجميع طرق الإثبات أياً كانت قيمة الدين ويجب اختصام طرفي الإبراء.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الالتزام ينقضي بنص المادة ٣٧١ من القانون المدني إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المطعون ضده والمؤرخ .... والمعنون بعبارة – اتفاق استلام مبالغ وتخالص – والذي تضمن أن المطعون ضده استوفى من الطاعن واستلم المطعون ضده التوكيلات التي أصدرها وأصبح الطاعن مكلف بأي عمل يتعلق بها، مما مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به في الاتفاق المؤرخ... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتى لو لم يحصلها فاطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه على مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ.... قد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحق فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق" (الطعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١/١٢).

٢- استحـالــة التنفيـــذ:

انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ :

القاعدة أن أحداً لا يكلف بالمستحيل، ولذلك فإن الالتزام ينقضي إذا حل أجل تنفيذه وكان هذا التنفيذ مستحيلاً. وتسري القاعدة بالنسبة لجميع الالتزامات سواء كان محلها شيئاً معيناً بالذات كمسكن أو سيارة أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، ورغم القول بأن المثليات لا تهلك، فإن الاستحالة تقضي الالتزام بها كما لو صدر قانون بالاستيلاء عليها (أنور طلبة ص٤٤٨).

ويجب لتطبيق القاعدة وبانقضاء الالتزام توافر الشروط التالية:

(الشرط الأول) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً: فيجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه مستحيلاً؛ والمقصود هنا الاستحالة المطلقة التي تجعل من غير المقدور بالنسبة للمدين أو أن يقوم بالالتزام (محمد محي الدين سليم ومصطفي عدوي ص٤٩١) ولا يكفي أن يصبح الالتزام مرهقاً، مادام لا يزال ممكناً. فيجب أولاً أن ينشأ الالتزام ممكناً، فلا تطأ الاستحالة لا بعد نشوئه. أما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً، فإنه لا ينشأ أصلاً، ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد. وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلاً لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن العمل، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات. ويجب، بعد أن ينشأ الالتزام ممكناً، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً. أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً، مع بقائه ممكناً، فلا ينقضي الالتزام. وإنما ينتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de limprévision) وأثر الحادث الطارئ في الالتزام، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق عن خلاف ذلك (السنهوري ص٧٩٥)

فيجب إذن، حتى ينقضي الالتزام، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه. فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكناً في هذا الوقت، فإن الاستحالة السالفة التي زالت لا أثر لها في الالتزام، بل يبقى الالتزام قائماً واجب التنفيذ. وحتى لو كان الالتزام مستحيلاً تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة، وأمكن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام، فإن هذه الاستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تقضي الالتزام بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه" (الطعن رقم ٤٤٦ جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ س٧ ص٧٨٩، جلسة ١٩٦٦/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٨٨٩)، وبأنه "يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضي به الالتزام وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وتقدير ما إذا كانت الواقعة الداعي بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير تملكه محكمة الموضوع بشرط أن تلتزم هذه الأسس القانونية وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله" (الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٥ س٣٤ ع٢ ص١٣١١)، وبأنه "من المقرر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبري طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه" (الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ س٣٣ ع٢ ص١١٠٤، الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ س٣٠ ع١ ص٨٥٩)، وبأنه "يشترط طبقاً للمادة ٤٣١ من القانون المدني لإجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة إلى المشتري أن يكون هذا التسليم ممكناً، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقاً قانونياً استحال الوفاء بهذا الالتزام عيناً للمشتري الأول" (الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٧ س٢١ ص١٢٥٥، جلسة ٨٤/١٢/٢٦ س٣٥)، وبأنه "يعتبر الفسخ واقعاً في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلاً على البائع، بخروج البيع من ملكه ويجعله مسئولاً عن رد الثمن، ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره" (الطعن رقم ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٣ س٢٢ ص٧٣٤)، وبأنه "تعتبر القوة القاهرة من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وينتفي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام فإذا كانت تدخلت بعد انتهاء تلك الفترة فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه" (الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧ س٢٩ ص١٧٦٦)، وبأنه "لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ الصادر استناداً إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذي ناط بالهيئة القضائية للوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية في القضايا التي ترفع منها أو عليها، من أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال، ومن ثم فليس في أيلولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقاف، بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣، وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية، وما يعتبر في حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدني، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامي المتعاقد مع الوقف - من قبل- القيام بالتزامه حتى يمكن القول - تبعاً لذلك - بانقضاء التزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجر إعمالاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني" (الطعن ٣٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١ س١٣ ص٩٤٨)، وبأنه "يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها التزام المدين أن تكون أمراً لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه، يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة. وإذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد مما أورده في أسبابه من أن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ لم يقض بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية، وإنما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد لديها من هذه الموارد، وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف في أموالهم الأخرى دون قيد، فإن ذلك يكون استخلاصاً سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون" (الطعن ١٤٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ س٢١ ص١٢١٦)

وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبري طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المباني بمحافظة بورسعيد الذي صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية البيع مستحيلاً استحالة مرجعها إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المباني القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشتري في الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعاً من قبيل الاستحالة المطلقة التي تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلاً إذ ليس في القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المباني المقامة عليها ودون تسليمها" (الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ س٣٣ ص١١٠٤)، وبأنه "وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ باعتبار أنها من أموال أسرة محمد علي ليس إلا حادثاً طارئاً يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة دون أن يتمخض ذلك عن استحالة قانونية دائمة تقضي إلى انقضاء هذه الالتزامات وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها" (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ س١٣ ص١١٥٩ وراجع التعليق على المواد ١٦٥ و١٥٩ و٢٠٧)، وبأنه "لم يحظر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على المالك التصرف فيما يستبقيه لنفسه في حدود المائتي فدان ولم يضع أن قيد على هذا التصرف ومن ثم فلا يترتب على صدور هذا القانون استحالة تنفيذ التزام المالك بنقل ملكية القدر الذي باعه من تلك الأطيان. فإذا كان البائع لم يدرج في إقراره القدر المبيع ضمن الأطيان التي اختارها لنفسه بصفة أصلية وامتنع بذلك نقل الملكية للمشتري في الفترة بين تقديم هذا الإقرار وموافقة جهة الإصلاح الزراعي على إعمال مقتضى التحفظ الوارد فيه بشأن هذا القدر واعتباره ضمن الأطيان المحتفظ بها للمالك. وكان هذا المانع المؤقت لم يترتب عليه- في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع- زوال المنفعة المرجوة من العقد فلا يكون له من أثر سوى تأجيل تنفيذ الالتزام في الفترة التي قيام فيها ولا يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون" (الطعن رقم ٢٦٣ لسنة٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣).

ومتى كانت الاستحالة الفعلية تؤدي إلى استحالة التنفيذ وكان لها أصلها الثابت من الأوراق ، فإن قاضي الموضوع يستقل بتقديرها دون معقب عليه من محكمة النقض .أما الاستحالة القانونية فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض :

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فإن البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١ س١٣ ص٩٤٨، الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢١، جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٨٥٩).

(الشرط الثاني) أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه: فيجب أن ترجع الاستحالة إلى السبب الأجنبي وهو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الدائن أو فعل الغير. فينقضي التزام المدين فلا يسأل عن تنفيذ عيني ولا عن تنفيذ بطريق التعويض، ويحتمل المدين إثبات السبب الأجنبي بكافة طرق الإثبات، ولمحكمة الموضوع استخلاص السبب الأجنبي دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي. ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ في عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين" (الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص٢١١، جلسة ١٩٧١/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٧٢٤)، وبأنه "نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة بعد هلاكها كلياً يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون لانعدام المحل ولا يجوز للمستأجر في هذه الحالة أن يطالب المؤجر بتعويض وهو ما تقضي به الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٥٦٩ من القانون المدني" (جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٢١٣)، وبأنه "عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمله التبعة في العقد الملزم للجانبين، ولما كان الحكم قد أثبت أن التزام مورث الطاعنين بنقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلاً بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعي عليه تنفيذاً لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا يزيد على مائه فدان، فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبي" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٩٠٩ جلسة ١٩٧٧/٤/٥)، وبأنه "الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك في دفاعه بأن تخلفه عن تنفيذ التزامه يعزي إلى فرض الحراسة عليه وغل يده عن الإدارة وهو دفاع جوهري قد يتغير بتحققه وجه الرأي في الدعوى باعتباره سبباً أجنبياً يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وإذا لم يرد الحكم على هذا الدفاع فإنه يكون مشوباً بالقصور" (الطعون ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ س٣٦ ص٤٨٤)، وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة على أن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ قائد سيارة النقل، حالة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه، ولما كان سقوط الأمطار وأثرها على الطريق الترابي في الظروف والملابسات التي أدت إلى وقوع الحادث في الدعوى الماثلة من الأمور المألوفة التي يمكن توقعها ولا يستحيل على قائد السيارة المقصر التحرز منها وكان الخطأ المنسوب لقائد سيارة النقل قد انتفي بحكم جنائي قضى ببراءته، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعنة-المضرور- بمقولة أن الحادث وقع بسبب أجنبي لا يد لقائد الأتوبيس فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٦ق س٣١ ع٢ ص١٥٥١ جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)، وبأنه "يشترط لاعتبار الحادث مفاجئاً ومن قبيل القوة القاهرة عدم استحالة دفعه فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يكون وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله. وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر سبباً أجنبياً تنتفي به المسئولية إلا أن ذلك مشروط بأن تلتزم هذه الأسس القانونية وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله" (الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٩، الطعن رقم ١٨٨٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢).

كما قضت بأنه "يشترط في القوة القاهرة التي يترتب عليها عدم المسئولية عن تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أن يكون من شأنها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - جعل الوفاء بالالتزام مستحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ويستحيل دفعها" (الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٣)

وبأنه "المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه" (الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)، وبأنه مسئولية أمين النقل هي مسئولية تعاقدية فإذا لم يقم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولاً عن نتيجة إخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهري لا يد له فيه وإنما ذلك مشروط بأن ترفع على أمين النقل دعوى المسئولية في غضون المدة التي حددها قانون التجارة في المادة ١٠٤" (الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)، وبأنه مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة مفترضة أصلاً طبقاً للمادة ١٩و ٩٢ من قانون التجارة. ولا يعفيه منها إلا إقامته الدليل على القوة القاهرة أو العيب في البضاعة أو خطأ أو إهمال من المرسل فإذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل بالعمولة المكلف بنقلها شيئاً من ذلك فإنه يتحمل مسئولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف بإثبات خطأ الوكيل بالعمولة في هذه الحالة" (الطعن رقم ٣٧٩-٣٨٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)، وبأنه "تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفي قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم إمكان الحصول على إذن استيراد لشحن البضاعة إلى مصر فنص صراحة فيه على أنه إذا لم يحصل الطاعن على الإذن في الموعد المتفق عليه تباع البضاعة في الخرطوم لحسابه. وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على إذن الاستيراد. فإن الحكم إذ اعتمد هذا المعنى الذي تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون" (نقض ١٩٦٦/٢/٢٢ طعن ٢٥٨ س ٣١ق)، وبأنه تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة" (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧)، وبأنه "تعتبر القوة القاهرة من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وينقضي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام. فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة. فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بهذا للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التزامه أو التأخير فيه" (الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧)، وبأنه "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة- ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفي على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقيع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص بأسباب سائغة أن الانخفاض في منسوب النهر يكفي بذاته لنفي وصف القوة القاهرة عنه" (الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩).

أما إن رجعت الاستحالة إلى فعل المدين، كما إذا كان قد هدم العقار أو أتلف المنقول المبيع أو أهمل في المحافظة عليه فسرق أو تلف، فإن الالتزام لا ينقضي رغم استحالة التنفيذ فيظل قائماً، وللدائن أن يتخلى عن التنفيذ العيني إذا شاء، إذ له في حالة هدم العقار أن يطلب التنفيذ العيني بالنسبة للأرض التي كان عليها البناء وتكملة التنفيذ بطريق التعويض، فإن تخلى عن التنفيذ العيني لجأ إلى تنفيذ ذات الالتزام بطريق التعويض فتظل للالتزام تأميناته وتكون ضامنه للتعويض كما يظل ذات التقادم سارياً فإن اكتمل بعد استحالة التنفيذ سقط الحق في التعويض لانقضاء الالتزام بالتقادم . (أنور طلبة ص٤٤٢).

وقد يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي، فلا ينقضي الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبي، ويتحول محله إلى تعويض. ويكون المدين في هذه الحالة إزاء المدين بمثابة المؤمن، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة. كذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ، فإن الأعذار يجعل المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأه، فلا ينقضي الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول "إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الأعذار على الدائن". على أن الالتزام ينقضي، حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: "ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة". بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق، فإنه لا ينقضي حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدني إذ تقول "على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق" (السنهوري ص٨٠٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذ حصل الهلاك بقوة قاهرة – أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن نتيجة تقصيره" (الطعن رقم ٣٧٩ – ٣٨٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)، وبأنه "يكفي لقيام الخطأ في المسئولية العقدية. ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد. ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبي أو بخطأ المتعاقد الآخر" (الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)، وبأنه "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة ١٦٥ من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً. كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع. وينقضي بها التزام المدين من المسئولية العقدية، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسئولية التقصيرية. فلا يكون هناك مجال للتعويض في الحالتين" (الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٩)، وبأنه "إذ كان الحكم بعد أن استظهر الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحادث قوة قاهرة قرر أن صدور الأمر الإداري الواجب التنفيذ وهو القرار الوزاري رقم ١٠ الصادر في ٨ من يناير سمة ١٩٤١ بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع موجوداتها وأموالها هو الذي حال دون وفائها بالأجرة المستحقة عنها في المادة التي استولت فيها السلطة العسكرية والبريطانية على جمع مصانعها وأموالها بمقتضى الأمر العسكري رقم ١٥٩ الصادر في ١٥ من يوليو سنة ١٩٤١، واعتبر هذا الحادث عملاً من أعمال السلطان لها حكم القوة القاهرة، وأنه كان من شأن هذا الأمر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلاً وليس مرهقاً أوعسيراً فحسب للاعتبارات المسوغة التي ساقها، فإن لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور" (الطعن ٢٥٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٦).

الاتفاق على عدم إعفاء المدين بسبب القوة القاهرة :

الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام كما أن عقد الإيجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان" (الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣).

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ:

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاء هذا الالتزام وتنقضي معه تأميناته العينية كالرهن والاختصاص والامتياز ويتعين على الدائن شطب القيد الذي تم بموجبه شهر تلك التأمينات كما تنقضي التأمينات الشخصية كالكفالة. فإن تعدد المدينون المتضامنون، واستحال تنفيذ الالتزام بسبب خطأ أحدهم، اعتبر هذا الخطأ بالنسبة للباقيين سبباً أجنبياً فينقضي التزامهم ويظل التزام المدين المخطئ قائماً وينفذ عليه بالتعويض، وهناك رأي يذهب إلى مساءلة باقي المدينين في حدود قيمة الشيء الذي استحال الوفاء به أما المدين المخطئ فيسأل عن باقي عناصر الضرر الأخرى (أنور طلبة ص٤٤٣)

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه، فإن المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك. فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي: "في الالتزام بنقل حق عيني، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء". وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، لأن الحكم فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥١٩).

٣- التقــادم المسقــط :

مدة التقادم المسقط :

يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية " . (م ٣٧٤ مدني)

فالقاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية وهذه المدة تسري بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصومة على مدة أخرى وهذه المدة يعبر عنها بالتقادم الطويل. والراجح أن الذي يبرر هذا التقادم الطويل اعتبارات الصالح العام. فالصالح العام والنظام العام نفسه يفرضان احترام الأوضاع المستقرة وعدم قلقلنها وات شك أن حماية الوضع المستقر من شانه عدم تمكين الدائن من مطالبة مدينه بدين مضى على استحقاقه مدة طويلة من الزمن. إذ يجب إذن قفل باب القضاء أمام الدائن الذي يقعد عن استعمال حقه مدة طويلة. ومن ناحية أخرى يجب حماية المدين وخلفائه من المطالبة بديون مضى على حلول اجلها سنوات طويلة. وذلك بقطع النظر عما إذا كان الدين قد وفاه أو كان يفترض فيه أنه وفاه. ويعتبر ذلك قاعدة موضوعية توجب انقضاء الدين بالمدة الطويلة لا مجرد قرينة علي الوفاء"

التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب :

فالتقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية والعينية على السواء، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون. أما التقادم المكسب – وتقترن به الحيازة دائماً – فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر في حيازته لها مدة معينة حددها القانون. ونرى من ذلك أن التقادم المسقط لا يقترن بالحيازة. ويسقط الحقوق العيبة كما يسقط الحقوق الشخصية. وهذا بخلاف التقادم المكسب، فإن يقترن بالحيازة، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية. التقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، فإذا رفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط. أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء

فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب، وفي التقادم المسقط لا يُعتد بحسن النية؛ والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتمائه؛ أما التقادم المكسب فيعتد بحسن النية؛ فالحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز حسن النية على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به. وهذا ما ادعاه التقنين المدني والفرنسي إلى الجمع بين النوعين في باب واحد. صدر بهذه القواعد المشتركة. وينتقد الفقه الفرنسي هذا المسلك ويعيب على التقنين المدني الفرنسي جمعه بين نظامين يختلفان اختلافاً جوهرياً في الغاية والنطاق والمقومات. ولم يشأ بوتييه أن يجمع بينهما، فقد أفرد للتقادم المكسب كتاباً وخاصاً ووضع التقادم المسقط في كتاب الالتزامات . (عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٣٠ - فقرة ٣١ ، السنهوري ص٨٠٥)

التمييز بين التقادم المسقط وبين مواعيد السقوط :

يتميز التقادم المسقط عن مواعيد السقوط فيما يلي: التقادم بسبب انقضاء الحقوق الشخصية أو العينية التي مضت عليها مدة دون استيفائها احتراماً للأوضاع المستقرة كأصل عام أو اعتداداً بقرينة الوفاء أو جزاء لإهمال الدائن في حالات خاصة. أما مواعيد السقوط فهي المواعيد التي يستلزم المشرع القيام خلالها بعمل معين وعلى الأخص استعمال رخصة قررها القانون وإلا كان العمل عديم الأثر. وعندما تدق التفرقة بين النوعين ولا ينصرف النص لطبيعة الميعاد فإن المرجع في التميز بينهما يكون يتبين الغرض من الميعاد فإن كان من أغراض التقادم وهي احترام الأوضاع المستقرة أو الاعتداد بقرينة الوفاء أو جزاء الدائن المهمل كان الميعاد مدة تقادم، وإن كان تحديد المدة لاستعمال حق أو رخصة خلالها كانت ميعاد سقوط مدد التقادم مما يتعلق بالنظام العام بتصريح نص المادة ٣٨٨ أما مواعيد السقوط قد لا يعتبر بعضها من النظام العام فيجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره. وتختلف مواعيد السقوط عن مدة التقادم، أن الأولى لا يسري عليها ما يسري على الثانية من أسباب الوقف أو الانقطاع ولا يتخلف عنها كالشأن في الثانية التزام طبيعي، ويملك القاضي إعمال أثر مخالفتها من تلقاء نفسه لأنها عنصر داخل في تكوين الحق في حين أن الحق الذي ترد عليه مدة التقادم موجود وقائم من قبل سريان المدة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا وجه في العمل للتفرقة بين مواعيد السقوط ومدد التقادم المسقط إلا أنه لما كانت مدد التقادم أو مواعيد السقوط لا يسري عليها أحكام واحدة بل بعضها تنظمه قواعد خاصة لا يخضع لها البعض الآخر لم يكن معد عن بحث كل مسألة منها على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي أدت إلى تعيين المدة فيها. وفيما يتعلق بالمادة المعينة لرفع دعوى منع التعرض فإن مدة السنة المشترط في المادة ٢٦ من قانون المرافعات (قديم) عدم مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه هي مدة تقادم خاص تسري عليه قواعد الانقطاع التي تسري على التقادم المسقط للدعوى" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١١٨ ص٦٤٢ جلسة ١٩٤٥/١٢/١٧)، وبأنه "المدة المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل هي بطبيعتها من المواعيد التي لا تخضع لقواعد الانقطاع المقررة للتقادم إذ يفرض القانون علي ذوى الشأن اتخاذ إجراءات معينة خلالها وإلا سقط حقهم فيها" (مجموعة أحكام النقض لسنة ٣١ ص٨٦٨ جلسة ١٩٥٣/١/٨)

كما قضت محكمة الإسكندرية التجارية في هذا المعنى بأن "الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق الأصلي في الأولي مقرر من قبل وتام الوجود، وأما الحق في الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين بل لابد فيه حتى يكون تاما من رفع الدعوى في المدة المضروبة. ولذلك فالمدة في أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق، بخلاف مدة التقادم فهي ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق أن تكون من قبل. فإذا طالب المالك في حالة مدة التقادم بحقه، فإنما يطلب حقا مقررا كاملا. أما في الأحوال المقرر لها مدة السقوط، فالمدعى ملزم برفع الدعوى في غضون المدة حتى يظهر حقه كاملا، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجودا بتمامه. ولذلك كانت الحق الكامل الموجودة بتمامه في مدة التقادم يعني الشارع بحمايته، من حيث القطع والإيقاف في المدة. وأما شبه الحق في مدة السقوط فهو ليس جديرا بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف، بمعني أن مدة السقوط لا تقبل تطويلا بإيقاف سريانها أو قطعها في مصلحة المدعى، لأن الحق لم يولد كاملا بعد حتى يتقرر له حق الحماية" (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥)، وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن "مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم في أن الأولي تقوم علي فكرة وجود أجل قانوني يتناول أصل الحق ويسقطه، بخلاف الثانية فإنها تقوم علي إيقاع جزاء علي إهمال صاحب الشأن فيها. ويترتب علي ذلك ألا تطبق في الأولي قواعد وقف المدة أو انقطاعها، فهي تتم في الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد، حتى لو اعترض الموعد حالة من حالات القوة القاهرة، بخلاف مواعيد التقادم. وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة ذوى الشأن لا بالامتداد ولا بالإنقاص، بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز في شأنها إذ يجوز أثناء النزاع التنازل عن المدة السابقة ويجوز التسامح في مدها لمدة جديدة. وكذلك لا يجوز التنازل عن مواعيد السقوط بعد سريانها، وعلي القاضي أن يراعي ذلك من تلقاء نفسه، ويحتم عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرفي الخصومة ومتى تم سريان ميعاد السقوط انقضي الحق بصفة مطلقة، بخلاف الحال في التقادم" (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ قرر ١٨١)

التمييز بين التقادم المسقط ومواعيد المرافعات :

تختلف مواعيد المرافعات التي يحددها تقنين المرافعات للقيام بإجراءات المرافعات كمواعيد الإعلان والحضور أو الطعن في الأحكام عن التقادم المسقط في أنها تغيير جزءا من شكل العمل الإجرائي وتخضع في شروطها وآثارها لأحكام قانون دون الأحكام التي تسري علي مدد التقادم المسقط. ومن ثم لا يسري عليها الوقف أو الانقطاع إلا في ضوء القواعد التي تحكم الأعمال الإجرائية في قانون المرافعات (السنهوري ص٨٥٠ بند ٥٩٤).

وقد قضت محكمة النقض بأنه "كانت المادة ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تنص علي أنه "كل دعوى للقاصر علي وصيه أو للمحجور عليه علي قيمة تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي انتهت فيه الوصاية أو القوامة. ولما كانت هذه المادة تتناول ما يكون للقاصر أو المحجور عليه من الدعاوى الشخصية الناشئة عن أمور القوامة بعد انتهائها فإنه تندرج فيها دعاوى طلب الحساب الناشئة عن الحساب الذي يكون الوصي أو القيم قد قدمه إلي المحكمة الحسبية. ويؤكد ذلك أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية علي المال في تعليقها علي نص المادة ٥٣ من القانون المذكور المطابق لنص المادة ٣٦ سالفة الذكر، قد أوردت دعاوى المطالبة بتقديم الحساب عن الوصاية أو القوامة ضمن الأمثلة التي ضربتها للدعاوى التي يسري عليها التقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة ٥٣ المذكورة" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٧ ص٨٥٢ جلسة ١٩٦٦/٤/١٤)

وبأنه المادة ٣٠٧ من قانون المرافعات السابق تقضي بأنه "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها وجاء بالمذكرة التفسيرية في شانها "وان المقصود بعبارة جميع الأحوال الواردة في هذه المادة أن الخصومة تنقضي بمضي المدة مهما يكن سبب انقطاعها أو وقفها .. وقد أريد بهذا الحكم الجديد وضع حد نهائي لتراكم القضايا وتعليقها بالمحاكم، فإن أحكام سقوط الخصومة لا تغني عن هذا الحكم ولا تحقق الغاية المرجوة منه بالسعة والشمول الملحوظين فيه، فثمة حالات لا يبدأ فيها ميعاد سقوط الخصومة لعدم إعلان- الوارث أو من في حكمه بوجود الخصومة طبقا للمادة ٣٠٢ وحالات تكون الخصومة فيها موقوفة عملا بالمادة ٢٩٣ وتكون بذلك بمنجى من السقوط" ومفاد ذلك أن رعاية مصلحة المدعي عليها التي استهدفها الشارع في أحكام سقوط الخصومة لم تكن هي غايته من النص على انقضائها بالتقادم وإلا لما كان بحاجة إيجاد حكم جديد يحققها، وإنما استهدف بهذا النص تحقيق مصلحة عامة أفصح عنها وأبرزها في المذكرة التفسيرية هي الحد من تراكم القضايا وتعليقها بالمحاكم، ينبئ بذلك إطلاقه الانقضاء في جميع الأحوال مهما كان سبب الانقطاع أو الوقف ن وتؤكد أيضا صياغة المادة ٣٠٧ فبينما استلزم المشرع في المواد ٣٠١-٣٠٦ لسقوط الخصومة أن يطلبه صاحب المصلحة من الخصوم وان يقدم الطلب إلى المحكمة المقامة إمامها الخصومة المطلوب إسقاطها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو على صورة دفع فقد خلا نص المادة ٣٠٧ مما يوجب لانقضاء الخصومة تمسك الخصوم به ويحدد طريقا لهذا التمسك مما ينبئ عن إن انقضاء الخصومة يقع بحكم القانون لمجرد انقضاء خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها ولو لم يتمسك به صاحب المصلحة من الخصوم بل تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها إذا عجل المدعي دعواه بعد انقضاء خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها، أو تعمل مقتضاه- وهو اعتبار كافة ما يترتب على الخصومة المنقضية من آثار كان لم تكن إذا أريد التحدي بها، متى توافرت لديها العناصر الدالة على انقضائها دون أن يلزم صدور حكم بذلك في الخصومة المنقضية ذلك أن استلزام صدوره يتنافي مع ما تغياه الشارع من انقضاء الخصومة وهو الحد من تراكم القضايا وتعليقها بالمحاكم" (الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦).

استثناءات من القاعدة العامة في مدة التقادم :

وضع الشارع مدة معينة للالتزام وأورد عليها في ذات الوقت،استثناءات عديدة،بعضها فصل الخاص بالتقادم المسقط في التقنين المدني والآخر تضمنته نصوص معينة.مدة التقادم المسقط هي خمس عشرة سنة وهو النص العام،الوارد في المادة٣٧٤،بالقول أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة،فمدة التقادم المسقط هي خمس عشرة سنة لجميع الالتزامات المدنية.

ولكن مدة التقادم قد تكون خمس سنوات حيث يخضع للتقادم الخمسي الحقوق الدورية المتجددة،وحقوق طائفة ضريبة المهن الحرة،والضرائب والرسوم.

فقد قضت محكمة النقض بأن " مادام القانون لم يحدد ميعادا في قرار لجنة التظلمات من تقدير الرسوم البلدية أمام المحاكم فإنه يجوز المطالبة برد ما دفع من الرسوم بغير حق ما دام الحق في طلب الرد لم يسقط بالتقادم المقرر له في القانون (الطعن رقم ١١٥سنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢١س١٩ص٥٥٧ع١) وبأنه لم ينسخ القانون رقم ٤٦لسنة ١٩٥٣ نص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون المدني فيما تضمنه من تقادم الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق بثلاث سنوات وإن كانت المادة الثانية من القانون ٦٤٦لسنة ١٩٥٣قد نصت على مبدأ سريان هذا التقادم وبذلك تكون مدة تقادم الحق في استرداد هذه الضرائب والرسوم باقية على أصلها ولم يعدلها القانون ٤٦٤لسنة١٩٥٣(الطعن رقم٩٢سنة٣٢ق جلسة١٩٦٦/٣/١٧ س١٧ص٦٠٧ع٢)

وبأنه إذا كانت الضريبة المستحقة عن سنة١٩٥٥/٥٤ على أساس التحديد الذي ارتضاه الممول-تحديد السنة المالية للمنشأة من أول أغسطس حتى آخر يوليو من كل سنة-قد إكتمل تقادمها في آخر أكتوبر ١٩٦٠فإن ا انتهي إليه الحكم من سقوط الحق في اقتضاء الضريبة بالتقادم عن هذه السنة يكون صائبا في نتيجته (الطعن رقم٣٦٦سنة٣٨ جلسة١٩٧٤/١٢/١١س٢٥ص١٠٤٣)"وبأنه الضريبة على الأرباح الاستثنائية طبقا للمادتين٩٧،٩٧ مكررا من القانون رقم ١٤لسنة ١٩٣٩بعد عديله بالقانون رقم ٢٩لسنة ١٩٤٧وأعمالا لحكم القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥٠ تتقادم ويسقط حق مصلحة الضرائب في المطالبة بها في ميعاد غايته ١٩٥١/٦/٢٧بالنسبة لأرباح سنتي ١٩٤٤ و ١٩٤٥ (الطعن رقم ٢٨٨ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ س٢٣ص٩٩٦) وبأنه تنص المادة الأولي من القانون ٦٤٦لسنة ١٩٥٣بشأن تقادم الضرائب والرسوم على أن تقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام ما لم ينص القانون على مدة أطول"وتنص المادة٣٧٧من القانون المدني على أن"..........يبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية في نهاية السنة التي يستحق عنها........ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة"وإذا خلا القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥الخاص بتقدير إيجار الأراضي الزراعية والقانون رقم ١١٣لسنة ١٩٣٩الخاص بضريبة الأطيان من تحديد تاريخ بدء التقادم في الضريبة العقارية فإنه يتحتم الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة،إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بتقادم في الضريبة العقارية فإنه يتحتم الرجوع في ذلك في ذلك إلي القواعد العامة، إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بتقادم الضريبة العقارية على الأطيان الزراعية المملوكة للمطعون ضدهم في المدة من١٩٦٥/١/١ إلى ١٩٦٥/١٢/٣١ برغم إعلانهم بربطها في غضون عام ١٩٧٠وقبل اكتمال مدة التقادم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (الطعن رقم٦٠٠سنة٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ س ٢٩ ص١٧٢٦) وبأنه الرسم الذي تعينه المادة ٢٢من القانون رقم ٦٨سنة١٩٥٥-الذي يتقادم بثلاث سنوات بالتطبيق لحكم المادة ٣٧٧ مدني-هو المبلغ الذي تستحقه الدولة مقابل ترخيصها بأجراء أي عمل من الأعمال المبينة فيها داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالري والصرف،وهو يختلف عم مقابل الانتفاع الذي يستحق للدولة عن جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص الذي لا يتقادم إلا بالمدة الطويلة كما أنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسي(الطعن رقم ٥٣١ سنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤س١٣ص٧٠٦).إذا كان الثابت أن الضرائب قد علمت بواقعة شراء الأطيان المتنازع على إيرادها بتاريخ١٩٥٨/١١/٣٠وأخطرت المطعون ضدهم بالربط التكميلي عن إيراد هذه الأطيان في ١٩٦٥/٧/١٤ فإن الضريبة تكون قد سقطت بالتقادم الخمسي(الطعن رقم٦٤٥سنة٤٢ق جلسة١٩٧٧/٢/٥ س٢٨ص٣٨٣)وبأنه إذا كانت الرسوم الجمركية المطالب بردها قد تم تحصيلها-بعد صدور قرار مجلس الوزراء بالإعفاء-بغير وجه حق،فإن الحق في استردادها يتقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم دفعها تطبيقا لنص المادة٢/٢٧٧/من القانون المدني(الطعن رقم٢١٥سنة٣٥ق جلسة١٩٧٣/٣/٢٨س٢٤ص٥٠٩) وبأنه تنص الفقرة الأولي من المادة ٩٧الواردة في الكتاب الرابع من القانون رقم١٤لسنة١٩٣٩بشأن أحكام عامة لكل الضرائب على أن يسقط حق الحكومة في المطالبة بما هو مستحق لها بمقتضي هذا القانون بمضي خمس سنوات"وقد وضعت هذه المادة قاعدة عامة،مفادها أن ما يستحق للخزانة طبقا لأحكام القانون المذكور،يتقادم بمضي خمس سنوات لما كان ذلك.كان الإلتزام المفروض على رب العمل والملتزم بالإيراد أو المعاش باستقطاع مقدار ضريبة كسب العمل المستحقة على الممول وتوريدها للخزانة،وهو التزام مقرر بمقتضي القانون رق١٤لسنة١٩٣٩،فإن حق الحكومة قبل رب العمل في المطالبة بما هو مستحق لها من هذه الضريبة يسقط بمضي خمس سنوات إعمالا لحكم المادة٩٧سالفة الذكر(الطعن رقم ٨٨سنة٣٤ق جلسة١٩٧٢/٣/١س٢٣ص٢٧٢)

وبأنه"تنص المادة ٢٨من القانون رقم١٤لسنة١٩٣٩على أن"تؤول إلى الحكومة نهائيا جميع المبالغ والقيم التي يلحقها التقادم قانونا بعد تاريخ العمل بهذا القانون ويسقط حق أصحابها في المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الأنواع المبينة بعد الأرباح والفوائد المتفرعة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أية شركة تجارية أو مدنية........" يتقادم بخمس سنوات،كل حق دوري متجدد،ولو أقر به المدين"فإذا كان البنط الطاعن قد حجز تحت يده جزءا من أرباح الكوبونات أكثر من خمس سنوات دون أن يطالب أصحاب الشأن فإنها تؤول إلى الحكومة إذ أن هذه المبالغ لا تخرج عن كونها جزءا من الفائدة السنوية ولا تتغير طبيعتها بمجرد استقطاعها الضرائب..........وإذا قضى الحكم المطعون فيه بسقوط الحق في المطالبة بهذه المبالغ بالتقادم فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون(الطعن رقم ١٥٣سنة٢٨ق جلسة١٩٦٣/٢/١٢س١٤ص٢٢٢) وبأنه نصت الفقرة الأولي من المادة الأولي من القانون رقم١٤٢لسنة١٩٤٤ على أنه"ويفرض على أيلولة التركات رسم يعتبر مستحقا من وقت الوفاة محسوبا على صافي التركة"ونصت الفقرة الأولي من المادة٥٢قبل تعديلها بالقانون ١٥٦لسنة ١٩٦٧على أنه"تسقط الرسوم المفروضة بمقتضي هذا القانون بمضي"خمس سنوات من تاريخ استحقاق الرسم"كما نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩لسنة١٩٥٢على أنه"تفرض على التركات ضريبة تعتبر مستحقة من تاريخ الوفاة تحسب على صافي قيمة تركة كل من يتوفي من تاريخ العمل بهذا القانون...........وتستحق هذه الضريبة مع رسم الأيلولة وبالإضافة إليه تسري بالنسبة إليها أحكام القانون رقم١٤٢لسنة١٩٤٤ وهي تدل-وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة-على أن الوفاة هي الواقعة المنشئة لرسم الأيلولة والضريبة على التركات باعتبارها سبب الأيلولة والحادث المؤثر في انتقال الملك من الميت غلة الحي وينشأ حق الخزانة بتحققه،كما دلت على أنه من تاريخ نشوء الحق في رسم الأيلولة والضريبة على التركة ، وهو تاريخ الوفاة ، يبدأ تقادمها،لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن مورث الطاعنين قد توفي في١٩٥٧/٣/٨فسكتت مصلحة الضرائب في اتخاذ أي إجراء في مواجهة الورثة إلى أن أخطرتهم بالنموذج رقم"٨"تركات في ١٩٦٢/١٠/٢أي بعد مضي أكثر من خمس من تاريخ الوفاة،وسقوط حق المصلحة في المطالبة بضريبة التركات ورسم الأيلولة بالتقادم ، وكان الحكم المطعون فيه قد جري في قضائه بأن هذا التقادم قد انقطع بالإحالة إلى لجنة الطعن-وهي إجراء لاحق إخطار الورثة بالنموذج سالف الذكر-وأنه لم يكتمل حتى رفع الدعوى،فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (الطعن رقم٢٦١سنة٤٣ق جلسة١٩٧٨/٢/١٠س٢٩ص١٣٨) وبأنه مفاد نص المادة٣٨٥من القانون المدني أنه إذا أنتهي السبب الذي قطع القادم السابق بحكم نهائي،فإن مدة التقادم الجديد الذي يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائي تكون خمسة عشرة سنة كاملة،اعتبار بأن الحكم النهائي يقوى الإلتزام ويمده بسبب جديد للباء.لما كان ذلك وكان الحكم النهائي الصادر-من محكمة الاستئناف-في الطعن عن قرار لجنة القدير قد حدد رأس المال الحقيقي المستثمر بمبالغ معينة،فإنه يسري"منذ صدر هذا الحكم تقادم جديد مقدار مدته خمس عشرة سنة،ولا محل للتحدي بأن هذا الحكم لم يحدد مقدار الضريبة في منطوقة، وذلك أن الحكم بين العناصر التي يمكن فيها تحديد مقدار الضريبة،إذا قدر رأس المال الحقيقي المستثمر الذي يمكن على أساسه احتساب الضريبة الاستثنائية بنسبة مئوية حددها القانون من رأس المال المذكور(الطعن رقم٢٨٨سنة٣٤ق جلسة١٩٧٢/٥/٢٤ س٢٣ص٩٩٦)

كما قد تكون مدة التقادم سنة واحدة وذلك فيما يلي:

أولا : حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون في هذه الأشياء،وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

ثانيا : حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن قاموا به من توريدات.

ويتأسس هذا التقادم الحولي على قرينة الوفاء،لأن"المألوف في التعامل ولا الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها،وإذا أمهلوا المدين فلا يمهلونه من عام،لأن هذه الحقوق هي مورد عيشهم (د/عبد الرازق السنهوري صـ٣٠٨)

ولذلك يجب أن تتأكد هذه القرينة بيمين يؤديها المدين على أنه أدى الدين.وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه.فإذا كان المدين قد توفي بوجهه إلى ورثة المدين ، وأوصيائهم ، إن كانوا قصرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود أو يعلمون بحصول الوفاة"ومع ذلك إذا حرر سند بحق من الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة"(م٣٧٩/٢).

الحالات التي ورد فيها نص خاص:

تنص المادة ٣٧٤ مدني علي أن "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية "فيتبين من نص هذه المادة أن مدة التقادم خمس عشرة سنة ما لم يرد نص خاص يقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلي التزام معين، ومن الحالات التي ورد فيها نص خاص المواد ١٤٠ بالنسبة لإبطال العقد و١٧٢ لدعوى التعويض عن الفعل غير المشروع، ١٨٠ لإثراء بلا سبب و١٨٧ لاسترداد غير مستحق و١٩٦ للفضالة و٢٤٣ لعدم نفاذ التصرف و٤١٦ لتكملة الثمن و٤٥٢ لضمان العيوب و٦٥٤ لضمان المهندس والمقاول و٦٧٢ لالتزام المرافق العامة و٦٩٨ لعقد العمل و٧٢٨ لنزيل الفندق و٧٥٢ لعقد التأمين و٤٦٥ تجاري للكمبيالة والسند الأذني و٦٥ تجاري قديم والتي لم تزل معمولا بها لتصفية الشركة و١٩٠ تجاري للوكيل بالعمولة و٢٥٤ تجاري لأمين النقل و٢٢٤، ٢٩١، ٣٠١ تجاري بحري جديد لعقد النقل البحري والإرشاد والتصادم" (أنور طلبه ص٤٥١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني هو تقادم استثنائي خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسري علي الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون والتي تجري عليها في شأن تقادمها أحكام التقادم العادي المنصوص عليه في المادة ٣٧٤ من القانون المدني ما ل يوجد نص خاص بتقادم آخر" (الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤ س٢٧ ص٢١٧)، وبأنه "مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلي العمل غير المشروع وإنما تنسب إلي المصدر الخاص من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليس أعمالا مادية، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي" (الطعن رقم ٢٩٩و ٣١٩و ٣٢١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ س١٤ ص٥٢٠)، وبأنه "نص المادة ١٧٢ من القانون المدني هو نص استثنائي علي خلاف الأصل العام في التقادم وقد ورد في خصوص الحقوق التي تنشأ عن العمل غير المشروع فلا يجوز تطبيقه بالنسبة إلي الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى للالتزام، لما كان ذلك وكانت علاقة رجل القضاء أو النيابة بوزارة العدل هي علاقة تنظيمية مصدرها القانون، وكان مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة في هذا الشأن لا تنسب إلي العمل غير المشروع فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي" (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦١/١/٢٨ س١٢ ص١٨)

وبأنه يحق لورثة المجني عليه منذ هذا التاريخ (تاريخ الوفاة) طلب التعويض عن الوفاة التي تسبب فيها الفعل الضار دون أن يحاجوا سقوط الدعوى بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ المدني لرفعها بعد أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث الذي ترتب عليه مسئولية المؤمن، ذلك أنه وإن كان المشروع قد أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين وذلك رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملا علي الاستقرار الاقتصادي لها إلا أن هذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة المقررة قانونا ومنها التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء وترتيبا علي ذلك فإنه لما كان التعويض عن الوفاة الناشئة عن الفعل الضار لا يمكن تصور المطالبة به واقعا أو قانونا قبل حصول الوفاة التي يبدأ منها استحقاق هذا التعويض ومن ثم يبدأ من هذا التاريخ احتساب مدة تقادم دعوى التعويض التي يرفعها ورثة المجني عليه قبل الشركة المؤمنة" (الطعن رقك ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/١/٢٧)وبأنه "التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني هو تقادم استثنائي خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع. فلا يسري علي الالتزامات التي تنشأ من القانون. وإنما يسري في شأن تقادم هذه الالتزامات التقادم العادي المنصوص عليه في المادة ٣٤٧ من القانون المدني ما لم يوجد نص خاص يقضي بتقادم آخر" (الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ س٢٢ ص٤٩٥، الطعن رقم ٨٩، ١٣٨٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ س٢٤ ص١٢٤٣)، وبأنه "نص المادة ١٧٢ من القانون المدني الذي استحدث تقادم ثلاث سنوات بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو نص استثنائي على خلاف الأصل العام في التقادم،قد ورد في خصوص الحقوق التي تنشأ عن المصدر الثالث من مصادر الالتزام في القانون المدني، وهو العمل غير المشروع بحيث لا تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى إلا إذا وجد نص يقضى بذلك"(الطعن ٤٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/١ س٢٢ ص٧٥٦، الطعن ١٣٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١ س٢٠ ص١١٣٤)، وبأنه "تنص المادة ١/١٧٢ من القانون المدني على أنه "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بالقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع" مما مفاده أن المناط في بدء العمل سريان مدة التقادم طبقا لهذه المادة هو علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه لا باليوم الذي تحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية" (الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ق جلسة١٩٧٦/١٢/١٤ س٢٧ ص١٧٤١،الطعن رقم٣٣٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ س٣٦ ص١٠١٧، الطعون أرقام ٢٩٩و٣١٩و٣٢١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ س٤ ص٥٢٠)، وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ القانون المدني أن التقادم الثلاثي المشار إليه والذي تسقط به دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع لا يبدأ في السريان إلا من تاريخ العلم الحقيقي الذي يحيط به المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من ثبوت هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على المسئول بما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضي مدة التقادم-لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد اعتمد في بدء سريان التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١/١٧٢ من القانون المدني من تاريخ صدور حكم محكمة النقض الذي قضى برفع الطعن المرفوع منه عن الحكم الذي قضى بسقوط حقه في أخذ العقار المبيع بالشفعة باعتبار تاريخ العلم على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة- تثبت للحكم النهائي ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وأنه طعن فيه بالفعل-بما كان لازمه أن يكون بدء احتساب مدة التقادم الثلاثي المشار عليه من تاريخ صدور الحكم النهائي من محكمة الاستئناف بسقوط حق الطاعن في أخذ العقار المبيع بالشفعة

وبأنه "مفاد نص المادة١/١٧٢ من القانون المدني أن المناط في بدء سريان التقادم طبقا لهذه المادة هو علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه، والعلم المعول عليه في هذا الشأن-وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة-هو العلم الحقيقي بوقوع هذا الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضي مدة التقادم، ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط في حالة العلم الظني الذي لا يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه" (الطعن رقم٢٠٦٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٣/٢٧، الطعن رقم١٩٤٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٣/٥)، وبأنه "إصابة مجند بالقوات المسلحة حال تأدية مهامه ببتر إصبع يده تحقق علمه بالإصابة وبشخص المسئول عنها من تاريخ حدوثها، مؤداه سريان تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع منذ ذلك التاريخ، قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم وبإلزام وزير الدفاع بالتعويض محتسبا بدء التقادم من تاريخ صدور قرار القومسيون الطبي.خطأ."

كما قضت بأن "مؤدى نص المادة ١٧٢ من القانون المدني أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية، فإذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بأن اختار المضرور الطريق المدني دون الطريق الجنائي للمطالبة بالتعويض فإن سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية فإذا انقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائي فيها بإدانة الجاني أو عند انتهاء المحاكمة الجنائية بسبب آخر فإنه يترتب على ذلك عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية مدتها الأصلية وهى ثلاث سنوات على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعا قانونيا في معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدني الذي يتعذر معه المضرور المطالبة بحقه في التعويض" (الطعن ٤٣٠ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥ س٢٨ ص١٨١٥، مجموعة أحكام النقض لسنة٢٦ ص١٠٦٨ جلسة ١٩٧٧/٥/٢٥)، وبأنه "إذا أورد المشروع نص المادة ١٧٢ بين نصوص الفصل الثالث من الباب الأول للعمل غير المشروع متعلقا بتقادم دعوى المسئولية المدنية بثلاث سنوات فإن هذا النص-وعلى ما جرى به قضاء-محكمة النقض-يكون عاما ومنبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بفروعه دون غيره من مصادر الالتزام التي أفرد لكل منها فصلا خاصا تسرى أحكام المواد الواردة به على الالتزامات الناشئة عنه، ولما كان الثابت أن طلب المطعون للتعويض مبنى على أخلال الطاعنين بالتزامهم العقدية إعمالا للشرط الجزائي المنصوص عليه فيها، وكان مصدر هذا الالتزام هو العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذا استبعد تطبيق المادة ١/١٧٢ من القانون المدني على دعوى المطعون ضدهما يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن ٤٣ لسنة ٤٩ق جلسة ٨٣/١/١١ ص١٦٦)، وبأنه "عقد المشرع لمصادر الالتزام فصول خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلا عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاث فروع رصد الفرع الأول منها للمسئولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثاني للمسئولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسئولية عن الأشياء، مما مفاده أن أحكام العمل غير المشروع تنطبق على أنواع المسئولية الثلاث، وإذ تحدث المشروع عن تقادم دعوى المسئولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢من القانون المدني عاما منبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة، واللفظ متى ورد عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعا لجميع أفراده، ومن ثم تتقادم دعوى المسئولية عن العمل الشخصي ودعوى المسئولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانونا عنه، ولا يؤثر في ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما مصدره الفعل غير المشروع الذي تترتب عليه المسئولية والتي لا يتأثر تقادم دعواها بطريقة إثبات الخطأ فيها، ولا وجه للتحدي بورود نص المادة ١٧٢ في موضعها من مواد المسئولية عن الأعمال الشخصية للقول بقصره على تقادم دعوى تلك المسئولية

إذ أن الثابت من الأعمال التحضيرية أن المشرع حين عرض لأحكام العمل غير المشروع عرض لها في قسمين رئيسيين أفرد أولهما للمسئولية عن الأعمال الشخصية والمسئولية عن الأعمال الناشئة ولا مراء في أن القواعد العامة تنطبق على جميع أنواع المسئولية" (الطعن رقم ٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١١/٥ق س١٥ ص١٠٠٧)، وبأنه "دعوى الطاعن (المشترى) بإلزام المطعون ضده (البائع) بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه التعاقدي بتوفير المياه اللازمة لري الأرض المبيعة.خضوعها للأحكام العامة في التقادم.مؤداه.سقوطها بمضي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، قضاء الحكم المطعون فيه بسقوطها بالتقادم الحولي المنصوص عليه بالمادة ٤٥٢ مدني باعتباره دعوى بضمان العيوب الخفية.خطأ في فهم الواقع وفي تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٨١٦ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٣/٢٢،مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦ ص١٣٤٥ جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)، وبأنه "مؤدى نص المادتين ٦٥١،٦٥٤ من القانون المدني أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي أو الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاهمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى، واضطرار صاحبه إلى هدمه، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى إثبات الحالة، ولم يثبت أن عيوب أخرى غير التي كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى، فإن الحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات من انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٤ ص٨٥٣ جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة القض-أن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء العقد عملا بأحكام المادة ٦٩٨من القانون المدني إنما راعى الشارع فيه استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفعل التعسفي والمطالبة بالأجور كما يسرى على دعاوى المطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد الأجازات المنصوص عليها في المادتين ٤٥،٤٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ أيا كانت مدد هذه الأجازات المستحقة طبقا لأحكام هاتين المادتين سواء كان المقابل عن مدة الأجازة السنوية التي يجوز للعامل ضمها أو التي لم يحصل عليها قبل ترك الخدمة، ولما كان الطعون ضده لم يرفع الدعوى بالمطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد أجازاته السنوية التي لم يحصل عليها قبل انتهاء خدمته إلا بعد مضى أكثر من سنة من تاريخ انتهاء العقد فإن الحق في إقامة الدعوى يكون قد سقط بالتقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٦٩٨ من القانون المدني" (الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)، وبأنه "الدين الناشئ عن عقد العمل، إقرار المدين به سواء كان صادرا من العامل أو رب العمل أي منهما للأخر لا يغير من طبيعة الدين أو التقادم السار عليه أو مدته. بقاءه متولدا عن عقد العمل بحالته الأولى التي كان عليها قبل الإقرار" (الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/١١/٢٥)، وبأنه "يدل النص في المواد ١/١٢، ١/٤٢، ٢/٤٨ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام على أن قانون قطاع الأعمال الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ولوائح العاملين التي تصدر إعمالا لحكم المادة ٤٢ من القانون المشار إليه هو الأساس في تنظيم علاقات العاملين بشركات قطاع الأعمال العام تطبق أحكامها ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أي قانون أخر، وإن قانون العمل مكمل لأحكامها، فتسرى أحكامه على تلك العلاقات عند خلو القانون واللوائح من نص بشأنها لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أنه وبتاريخ ١٩٩٥/٧/٢٠ صدر قرار وزير قطاع الأعمال العام رقم ٢٩٨ لسنة ١٩٩٥ باعتماد لائحة نظام العاملين بالشركة الطاعنة والتي وضعتها بالاشتراك مع النقابة العامة للعاملين بالصناعات الهندسية والمعدنية والكهربائية، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٧٤ من هذه اللائحة على أنه (ويتم صرف المقابل النقدي عن الأجازات الاعتيادية التي لم يقم العامل بها لأي سبب من الأسباب على أساس الأجر الشامل طبقا لمفهوم التأمين الاجتماعي وعن كامل رصيد إجازاته الاعتيادية التي استحقت عن مدة خدمته بالشركة

وفي جميع الأحوال لا يعتد برصيد أجازات العامل المنقول إلى الشركة في تاريخ نقله) فإنه يتعين إعمال أحكام هذا النص على العاملين بالشركة الطاعنة دون أحكام المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ "دستورية" بعدم دستورية الفقرة الثالثة منها فيما تضمنته من (ألا تزيد على ثلاثة أشهر مدة الأجازة السنوية التي يجوز للعامل أن يضمها ولو كان الحرمان من هذه الأجازة-فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى-عائدا إلي رب العمل) وبالتالي لا يعد حكم هذه الفقرة في الفترة السابقة علي الحكم بعدم دستوريتها مانعا يتعذر معه علي المطعون ضده المطالبة بحقه في مقابل رصيد الأجازات بوصفه تعويضا عن عدم استعمالها-بوقف سريان التقادم إعمالا لحكم الفقرة الأولي من المادة ٣٨٣ من القانون المدني. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم الحولي علي أن التقادم يبدأ سريانه من تاريخ نشوء الحق في المطالبة بمقابل رصيد الأجازات فيما زاد عن ثلاث شهور والذي تقرر بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الإشارة إليه في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٧ فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)، وبأنه "مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجاري قديم وتقابلها المادة ٢٥٤ تجاري جديد خضوع دعوى المسئولية المترتبة علي خلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما) أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند في هذه الحالة إلي الفعل الضار ويكون أساها المسئولية التقصيرية وتتقادم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسئولية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلي أن بالات القطن-محل عقد النقل-قد سرقت أو بددت من أحد تابعي الطاعن-الناقل-فإن مسئولية هذا الأخير-علي ما جرى به قضاء محكمة النقض-ليست مسئولية تعاقدية بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلي حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وإذا قضي الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيسا علي أن مدة سقوط الحق في رفع الدعوى هي خمسة عشرة سنة يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ ق٨٢ ص١١٦٠، مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص١١٥١ جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٠٠٢ جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣)، وبأنه "يتعين للقول بأن حق الطاعن قد سقط في مطالبة مدينه الأصلي بقيمة السند لتقادمه لخمس سنوات من تاريخ استحقاقه وفقا للمادة ١٩٤ من قانون التجارة (القديم) أن يثبت أن السند موقع عليه من تاجر أو حرر بمناسبة عملية تجارية وأن يدفع المدين بهذا التقادم" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص٧٥٦ جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠).

الحقوق التي يرد عليها التقادم :

يرد التقادم المسقط علي كافة الحقوق الشخصية وهي التي تنشئ علاقة دائنيه من شأنها ترتيب التزام في ذمة المدين يوجب عليه الوفاء به لدائنه. وقد يتمثل هذا الوفاء في أداء شئ كدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل كتسليم المبيع أو الامتناع عن عمل كعدم المنافسة في نشاط معين، فالوفاء بهذه الالتزامات لا يتحقق إلا بالتدخل الشخصي من المدين، فيكون التزاما شخصيا (عزمي البكري ص٧٢٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار هي بطلب حق من الحقوق الشخصية التي ليست لها مدة تتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضي خمس عشرة سنة من وقت نشأة الحق في الدعوى باعتباره التاريخ الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه" (طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

والحقوق العينية مثلها مثل الحقوق الشخصية يرد عليها التقادم المسقط كحق الانتفاع وحق الارتفاق وسائر الحقوق العينية العقارية، إذ تسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة. ويستثني من دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه فلا يرد عليها التقادم المسقط (أنور طلبه ص٤٥٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن التقادم المسقط وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية علي سواء-كأصل عان بانقضاء ١٥ سنة طبقا للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية" (طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)، وبأنه "دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض حالة تعذر التنفيذ عينا ذلك أن التنفيذ العيني هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني. لما كان ذلك فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب" (طعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨).

الحقوق التي لا يرد عليها التقادم :

ذكرنا فيما تقدم أن التقادم يرد علي الحقوق الشخصية والعينية علي السواء، ولكن هناك حقوق لا يرد عليها التقادم، ومن ذلك الحقوق التي تتعلق بالنظام العام. كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية فلا يسقط بالتقادم حق الإنسان في النسب ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب علي النسب من حقوق مالية كنفقة متجمدة وبنصيب الوارث في التركة. كما تسقط بالتقادم الحقوق المتعلقة بالاسم، ذلك أن الأسماء لصيغة بالشخصية وليست من الحقوق المالية التي يرد عليها التقادم. ومن ثم فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طال مدة انتحاله أو استعماله له، كما أن عدم استعمال اللقب لا يفقد صاحبه أو فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة تركه.

حق الرهن الحيازي :

لا يسقط حق الدائن المرتهن حيازيا بالتقادم مادام المرهون في يده لأن وجود المرهون في حيازته يعتبر قطعا مستمرا للتقادم. كذلك لا يسقط الدين المضمون بالرهن الحيازي بالتقادم مادام المرهون في يد المرتهن لأن بقاء المرهون في حيازة المرتهن تعتبر إقرارا من الراهن بوجود الدين في ذمته.

الإبــراء :

التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات. وإذ كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به، فإنه لا يمكن أن يرد علي مثل هذا التنازل، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائيا فإنه ينشئ مركزا قانونيا ثابتا ولا يتقادم أبدا ويحق للمتنازل إليه أن يطلب في أي وقت أعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها أبطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله (طعن ٤٣٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨).

الدفــوع :

لا يرد التقادم علي الدفوع طالما كانت الدعوى قائمة. إنما يشترط لذلك أن يكون من يتمسك بالدفع في مركز المدعى عليه وأن يكون القصد من هذا الدفع التخلص من دعوى المدعى، وينبني علي ذلك أنه لا يمكن التمسك بهذه القاعدة في الحالات الآتية: (أ) في الطلبات العارضة أو دعاوى المدعى عليه التي ليست متصلة اتصالا وثيقا بموضوع الدعوى الأصلية، لأن هذه الطلبات تجعل المدعى عليه في مركز المدعى مما يتعين عليه أن يرفع الدعوى بها في المواعيد القانونية قبل أن يتناول التقادم. (ب) إذا كان الدفع ردا علي دفع سبقه. فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع. مثال ذلك: اقترض شخص من قاصر مبلغا من المال ثم حصل المدين علي مخالصة من دائنه القاصر. وبعد بلوغه سن الرشد بعشر سنوات أراد أن يطعن بالبطلان في هذه المخالصة، ولكنه بدلا من أن يرفع دعوى البطلان، رفع دعوى علي مدينه السابق يطالبه فيها بالوفاء بقيمة الدين، فتمسك المدعى عليه بالمخالصة، فرد المدعى علي دفاع المدعى عليه طالبا بطلان المخالصة لصدور منه في فترة كان هو فيها قاصرا، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الدفع المبدي من المدعى ردا علي دفاع المدعى عليه، بمثابة دعوى ببطلان المخالصة التي يتمسك بها المدعى عليه ضده، وهذه الدعوى لا تسمع من المدعى لسقوط حقه فيها بالتقادم (محمد عبد اللطيف ص٥٣٨).

الأحكـــام :

القاعدة أن الأحكام تسقط بالتقادم بمضي خمس عشرة سنة، فالحق الذي يقرره الحكم يسقط إذا لم يبادر المحكوم له بتنفيذه خلال هذه المدة، إلا أنه لا يجوز الأخذ بهذه القاعدة علي إطلاقها. فإذا كان الحكم مقررا لحق الملكية فهو يعتبر منتجا لكافة آثاره بصرف النظر عن أي تنفيذ له، إذ يظل حق الملكية قائما ما لم يقم الدليل علي أن الغير قد اكتسبها بوضع اليد، لأن حق الملكية سواء كان مبينا علي حكم أو عقد لا يتقادم لمجرد الإهمال أو عدم الاستعمال

وقد قضت محكمة النقض بأن "حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن، ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ، ولا يجوز اطراحه إلا إذا توافرت لدى المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد علي العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية" (طعن رقم ٩٤٤ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٩).

الحقوق العينية الأخرى :

لا تسقط الحقوق العينية التبعية بالتقادم استقلالا عن الحق الأصلي، فحق الامتياز أو الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بالدين يبقي بالنسبة للدائن والمدين ما بقي الدين قائما، وكذلك بالنسبة للدائنين الآخرين فليسوا لهم أن يتمسكوا بسقوط الامتياز أو الرهن الرسمي مستقلا عن تقادم الدين وقد قضت محكمة النقض بأن "إنه لما كانت المادة ٢٠٨ من القانون المدني لا تنطبق، كما هو صريح نصها، إلا علي الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسري علي الرهن الرسمي الذي هو حق عيني، بل الذي يسري عليه هو حكم المادة ٨٨ التي أورد فيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق العينية. ولما كان الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعي لا يتصور له وجود إلا ضمانا لدين والديون لا تكتسب بوضع اليد، فالاستثناء المنصوص عليه في المادة ١٠٢ من القانون المدني المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر فإغفاله في المادة ٧٦ من القانون المدني الأهلي لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء علي خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب الرهن بوضع اليد. ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة علي سبيل الحصر في المادة ٨٨ فإن حق الرهن المحفوظ وفقا للقانون لا يمكن أن يسقط بمضي المدة استقلالا عن الدين المضمون به" (طعن رقم ١١٧ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥).

الحجـــز :

الحجز الصحيح يبقي منتجا كل آثاره ما لم يرفع بحكم القضاء أو برضا أصحاب الشأن أو يسقط بسبب عارض بحكم القواعد العامة، وإذ خلا الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الحجز الإداري الخاص بحجز ما للمدين لدى الغير من نص يسمح باعتبار الحجز تحت يد الغير يسقط بالتقادم أسوة بما قررته المادة ٢٠ من ذات القانون في شأن حجز المنقول لدى الدين كما خلا قانون المرافعات السابق-المنطبق علي واقعة الدعوى-من نص مماثل فيما عدا المادة ٥٧٤ الخاصة بالحجز تحت يد أحدى المصالح الحكومية وهي المقابلة للمادة ٣٥٠ من قانون المرافعات الحالي، فإنه يترتب علي توقيع الحجزين التنفيذين المؤرخين ١٩٦٠/١١/١٦ و١٩٦٢/٢/٢٤ تحت يد الشركة الطاعنة قطع التقادم سواء لمصلحة الشركة الطاعنة ضد المحجوز عليه بالنسبة لمبالغ التأمين المستحقة للمحجوز عليه أو لمصلحة هذا الأخير قبل مصلحة الضرائب الحاجزة في شأن مبلغ الضريبة مادامت إجراءاتها متعاقبة علي النحو الذي قرره القانون، وإذ كانت الطاعنة تقرر أن مبالغ التأمين مستحقة في ١٥ مارس سنة ١٩٦٠ كما لا تجادل في أن المطالبة بالضريبة لم تكن قد سقطت بالتقادم عند توقيع الحجزين سالفي الذكر، تبعا لما هو ثابت من توجيه التنبيه بالدفع إلي المدين في ١٢ من أكتوبر سنة ١٩٦٠، وإذ أعقبت المصلحة هذين الحجزين بحجز تنفيذي آخر ضد الطاعنة في أول أبريل سنة ١٩٦٧ بما يترتب عليه استمرار قطع التقادم فإنه لا محل للتذرع بسقوط الحق في المطالبة بالمبلغين، وذلك دون ما حاجة للتعرض لمدة اعتبار التقرير بما في الذمة إقرارا قاطعا للتقادم أو لمدة التقادم الجديدة بعد الانقطاع

الدعاوى التي لا يرد عليها التقادم :

(١) دعوى الصورية : دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد المتعاقدين أومن الغير، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له وهي حقيقة قائمة ومستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى طعن الوارث علي العقد بأنه يستر وصية كان له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات، لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة علي أساس أن التصرف قد صدر أضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا علي القانون، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده المتعاقدان وترتب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب علي القيمة الحقيقية لها واعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن" (الطعن ٩٨ لسنة ٣٥ق السنة ٢٠ ص٤٥٠ جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٥٧٧ جلسة ١٩٧٣/٤/١٠).

(٢) دعوى الاستحقاق : دعاوى الاستحقاق لا يسري عليها التقادم، كحق الملكية التي ترفع هذه الدعوى للمطالبة به. فإذا مكث المالك لعقار أكثر من ١٥ سنة من غير أن يستعمل حقه فإنه يكون له مع ذلك أن يرفع دعوى الاستحقاق علي من يكون في هذه الأثناء قد حاز العقار، مادام لم يكتسبه بالتقادم المكسب ودعاوى القسمة تبقي مادام الشيوع باقيا ولا يتصور انقضاؤها قبل انتهاء حالة الشيوع

وقد قضت محكمة النقض بأن "دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبيه لا تسقط بالتقادم لكن حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حالة تعذر التنفيذ عينا، ذلك أن التنفيذ العيني هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني، لما كان ذلك فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب" (جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ السنة ٢٨ ص٨١٩).

(٣) الدعاوى الناشئة عن الاعتداء علي الحرية : تنص المادة ٥٧ من دستور سنة ١٩٧١ علي أنه "كل اعتداء علي الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكلفها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء" ومفاد ذلك أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه علي الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها في غير الحالات التي يقرها القانون، كالقبض علي الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل في غير الحالات التي يقرها القانون وهو ما يعتبر جريمة بمقتضي المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات التي تنص علي أن "كل من قبض علي أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض علي ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا" لما كان ذلك وكانت ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء علي الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور، دون حاجة إلي سن تشريع آخر في هذا الخصوص. إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات (علي أحمد حسن ص٢٧٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن النص في المادة ٤١ من الدستور المعمول به في ١٩٧١/٩/١١ علي أن "الحرية الشخصية حق طبيعي وهو مصونة لا تمس وفيها عدا حالة التلبس لا يجوز القبض علي أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هنا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة..." وفي المادة ٥٧ علي أن "كل اعتداء علي الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكلفها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء" مفاده أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه علي الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها في غير الحالات التي يقررها القانون كالقبض علي الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل في غير الحالات التي يقررها القانون، وهو ما يعتبر جريمة بمقتضي المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات التي نصت علي أن "كل من قبض علي أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الحالات التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض علي ذوى الشبهات يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا" لما كان ذلك وكان ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء علي الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة لسن تشريع آخر أدنى في هذا الخصوص إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ولما كانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل في دستورية القانون رقم ٣٧ سنة ١٩٧٢ إذ أن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التي نص عليها ذلك القانون، أما ما نصت عليه المادة من ١٩١ من الدستور من أن "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقي صحيحا ونافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور" فإن حكمه لا ينصرف بداهة إلا إلي التشريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلي تدخل من المشرع-وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون عليه قد وقف سريانه حتى تاريخ ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/١٥ وإذ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت من تاريخ نفاذ الدستور في ١٩٧١/٩/١١ فلا تسقط تلك الدعوى بالتقادم إعمالا لنص المادة ٥٧ منه-فإن النعي برمته يكون في غير محله" (طعن رقم ١٢١٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧).

(٤) الدعاوى المتعلقة بالصفة : ذكرنا فيما تقدم، أن التقادم يرد علي كافة الحقوق، سواء كانت عينية أو شخصية متى تعلقت هذه الحقوق بالمال كحق الملكية وحق الدائنية، فإن لم يتصل الحق بالمال، فلا يرد عليه التقادم، مثال ذلك صفة الخصم التي يرمي من وراء دعواه بتقريرها له، طالما لم يستند إليها في تقرير حق مالي مترتب عليها، فالوارث إذا رفع دعواه بطلب إثبات صفته كوارث، فلا يرد التقادم علي تلك الدعوى لانحصارها في تقرير تلك الصفة، أما إذا أضاف طلبا ماليا، فإن التقادم يرد حينئذ علي الدعوى فتسقط (أنور طلبه ص٤٥٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر شرعا أنه لا تأثير لمضي المدة علي من يدعي صفة الوارث مجردة عن المال. فالدفع بالسقوط لمضي المدة تدفع به دعوى المال ويكون سماعه عند سماع تلك الدعوى وإثباتها لا عند إثبات الصفة" (طعن ١٤٧، ١٨٦ س٦٣ق "أحوال" نقض ١٩٩٧/٦/٢٤).

عدم اقتصار قواعد التقادم المسقط علي روابط الأفراد وامتدادها إلي روابط القانون العام :

فقواعد التقادم المسقط لا يقتصر علي روابط الأفراد بل يمتد إلي روابط القانون العام كما هو في المرتبات والمهايات والأجور والمعاشات المستحقة للموظفين والضرائب والرسوم ومن ثم فالأصل أن ديون الدولة قبل الغير وديون الغير قبل الدولة تخضع لقواعد التقادم الواردة في القانون المدني ما لم يوجد تشريع خاص يقضي بغير ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نصوص المواد ٣٧٤-٣٧٥-٣٧٧ من القانون المدني التي بينت مدد التقادم ومبدأ سريانه وأسباب الوقف والانقطاع أن القانون المدني في خصوص التقادم-ولم يجتزئ فيما بينه من حالات التقادم خاصة بالأفراد بل تناول حالات أخرى تعتبر من روابط القانون العام كما هو في المرتبات والمهايات والأجور والمعاشات المستحقة للموظفين والضرائب والرسوم، ومن ثم فإن الأصل أن ديون الدولة قبل الغير وديون الغير قبل الدولة تخضع لقواعد التقادم الواردة في القانون المدني ما لم يوجد تشريع خاص يقضي بغير ذلك. ولما كانت المادة ٣٨٧ من القانون المدني بما تنص عليه من أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به من كل ذي مصلحة قد أتت بحكم عام ودلت علي أن التقادم لا يعتبر متعلقا بالنظام العام وكان لم يصدر تشريع علي خلاف هذا الأصل فإن الطاعنة (وزارة المالية) إذ لم تتمسك بالتقادم أمام محكمة الموضوع فلا يصح لها-سواء كان تكييف المبلغ المطالب به بأنه تعويض أو مرتب-أن يتمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٣ ص١٠٧٨ جلسة ١٩٦٢/١١/٢٩).

التكييف الصحيح للالتزام هو الذي يحدد مدة التقادم :

فقد قضت محكمة النقض بأنه "إذا كانت حقيقة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال فإنه لا يكون عقد وديعة تامة بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلي عارية الاستهلاك منه إلي الوديعة. وكل ما يكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله. وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي ١٥ سنة من تاريخ الالتزام بالرد" (مجموعة القواعد لمحكمة النقض في ال٢٥ عام بند ١٩١ ص٢٩٠ جلسة ١٩٤٠/١/١١)، وبأنه "إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون ضده الأول طلب إلزام الهيئة المطعون ضدها الثانية بربط معاش شهري، وكان منشأ الحق في المعاش ليس عقد العمل بل قانون التأمينات الاجتماعية الذي رتب هذا الحق ونظم أحكامه وكان التقادم المنصوص عليه في المادة ١/٦٩٨ من القانون المدني إنما يواجه الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهي إلي رفض دفع الطاعن بالسقوط المؤسس علي نص المادة ٦٩٨ من القانون المدني يكون صحيحا في القانون" (الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٨)

وبأنه يشترط لتطبيق حكم المادة ٩٧ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ التي تقضي بسقوط حق الممول في المطالبة برد الضرائب المتحصلة منه بغير حق بمضي سنتين فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المواد ٤٥، ٤٧، ٧٥ من هذا القانون أن يكون المبلغ الذي حصلته مصلحة الضرائب دفع من الممول باعتباره ضريبة وأن يكون تحصيله قد تم بغير حق، وإذن فمتى كانت مصلحة الضرائب إذ حصلت من الممول الضريبة المقررة علي أرباحه الاستثنائية في سنتي ١٩٤٠، ١٩٤١ إعمالا لنص القانون ٦٠ لسنة ١٩٤١ الساري وقت ذلك إنما حصلتها بحق استنادا إلي نص القانون المذكور، وكان من شأن تطبيق القانون ٧٨ سنة ١٩٤٢ أن يكون له حق استرداد ما دفع فلا يصح أن يواجه بحكم المادة ٩٧ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ بل يصبح حقه دينا عاديا ولا يسقط الحق في اقتضائه إلا بمضي مدة السقوط المقررة في القانون المدني" (مجموعة القواعد لمحكمة النقض في ال٢٥ عام بند ٢٠٦ ص٢٩٢ جلسة ١٩٥٥/٥/٣).

لا تسري قواعد التقادم المسقط علي المنع من سماع الدعوى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية :

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأموال المملوكة لا تكتسب ملكيتها بوضع اليد عليها مهما امتد في الزمان، ولكن الفقهاء رأوا أن وضع اليد مدة طويلة يدل بحسب الظاهر ووفقا لما سار عليه العرف وجرت عليه العادة، علي أن واضع اليد هو المالك مادامت يده هادئة لم ينازعه أحد فيها، فتكون الدعوى عليه في هذه الحال مما يكذبه الظاهر، ويفيد أن مدعيها مبطل فيها، وكل دعوى هذا شأنها لا تسمع سدا لباب التزوير وقطعا للدعاوى الباطلة، ولذلك أجازوا لولي الأمر بما له من سلطة تخصيص القاضي بالزمان والمكان ونوع الحواث التي ينظرها، أن يمنع من سماع الدعوى بعد مدة معينة يحددها، علي أن يكون المنع من سماع الدعوى إذا توافرت شروط معينة هي أن يستمر وضع اليد علي الشئ مدة طويلة، واختلفوا في تحديد مداها، تبتدئ من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين أن كان المدعى عينا من الأعيان، أو من وقت ثبوت حق المطالبة بالدين أن كان دينا أو حقا من الحقوق، علي ألا يكون هناك عذر يحول بين المدعى والمطالبة بحقه، فإن وجد عذر يمنعه من ذلك كأن يكون غائبا غيبة متصلة طويلة غير عادية أو يكون واضع اليد ذا شوكة يخاف من مطالبته، أو يكون المطالب مفلسا لا فائدة من تنفيذ الحكم عليه عند صدوره، إذا وجد شئ من ذلك لم تبتدئ المدة إلا من وقت زوال العذر، وإذا ابتدأت المدة يجب استمرار عدم العذر حتى تنتهي فإذا انتهت كان مضيها مانعا من سماع الدعوى، فإذا عاد العذر خلال المدة تنقطع المدة بذلك ويعتبر ما مضي نهائيا لاغيا وتبتدئ مدة جديدة، ولو تعاقب اثنان علي وضع اليد أو أكثر، ابتدأت المدة من وقت وضع يد الأول إذا كان كل منهم قد تلقي الملك عمن قبله، كما يشترط إنكار المدعى عليه للحق طيلة المدة فلو أثبت المدعى أنه أُر في أثنائها سمعت الدعوى، وألا يطرأ خلال المدة ما يقطعها من إقرار أو طروء عذر، أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام القضاء وأن لم يفصل في طلبه، وهذا الذي أوردته كتب الفقه الحنفي يتفق وما نص عليه القانون المدني للتملك بوضع اليد، فهي تستلزم وضع اليد بنية التملك، وضع يد ظاهر، لا غموض فيه، هادئ، مبرأ من الإكراه، مستمر طيلة المدة المحددة، ولا يعتد بمضي المدة إذا وجد مانع من المطالبة بالحق سواء كان قانونيا أو ماديا، وتنقطع المدة بالمطالبة القضائية والإكراه، وفي ضوء هذه القواعد جميعا يتعين فهم ما نصت عليه المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن القضاه ممنوعين من سماع الدعوى التي مضي عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف، فإنه لا يمكن من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة من التمكن وعدم العذر الشرعي وهذا كله من الإنكار للحق في هذه المدة" فلا يكفي مجرد مدود المدة المحددة لكي لا تسمع الدعوى، وإنما يجب الأخذ بالشروط والقواعد التي وضعها المذهب الحنفي لعدم سماع الدعوى والسابق بيانها، باعتبار القانون الواجب التطبيق فيما لم يرد بشأنه نص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو في قانون آخر عملا بالمادتين ١/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية" (طعن ١١ س ٤٦ق نقض ١٩٨٠/٤/٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كانت وزارة الأوقاف-الطاعنة-لم تدع أنها تضع اليد علي أعيان الوقف بما في ذلك النصيب الذي يطالب به المطعون عليهم بصفتها مالكة وأنها تتصرف فيه تصرف المالك، وإنما ظاهر الحال أنها وضعت اليد علي الوقف شاملا الحصة التي يستحقها المطعون عليهم بصفتها ناظرة أو حارسة طبقا للمادة الخامسة من القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنهاء الوقف علي غير الخيرات، وهي بهذه الصفة أو تلك أمينة علي ما تحت يدها، فلا يجوز لها دفع دعوى المطعون عليهم ضدها بعدم السماع، بزعم أنها تملكت نصيبهم بمضي المدة، لأن يدها علي الأموال يشوبها الغموض، فلا يعرف إن كانت امتداد لحيازتها كناظرة أو حارسة، أو بينة الملك والأصل بقاء ما كان علي ما كان فما دامت حيازتها بدأت علي سبيل النظر أو الحراسة فلا يفترض أنها صارت بنية الملك حتى تجيز الدفع بعدم سماع الدعوى، إلا إذا كان تغيير سبب وضع اليد بفعل إيجابي له مظهر خارجي، يجابه حق المطعون عليهم بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ولا يكفي في هذا مجرد الامتناع عن دفع الاستحقاق في الريع، أما عن النص في المادة ٣٧٥ من اللائحة-علي عدم سماع الدعوى في الإرث والوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة فمجال تطبيقه أن يكون لأجنبي أو الوارث أو ناظ الوقف الذي يتمسك بعدم السماع قد وضع يده علي عين معينة بذاتها بالشروط السابق بيانها طيلة المدة المطلوبة. وعلي هذا فلا تمسك وزارة الأوقاف الطاعنة الدفع بعدم سماع دعوى استحقاق مورث المطعون عليهم في الوقف المؤدي إلي تملكهم للحصة المستحقة طبقا للقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات" (طعن ١١ س ٤٦ق نقض ١٩٨٠/٤/٩)، وبأنه مؤدي نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، أنه يشترط للمنع من سماع الدعوى بمضي المدة أن يكون الحق المدعى موضع إنكار من الخصم طيلة المدة المشار إليها مع توافر الحق المدعى موضع إنكار الخصم طيلة المدة المشار إليها مع توافر المحكمة في رفع الدعوى وعدم العذر الشرعي في إقامتها لأنه ما لم يكن الحق متنازعا عليه فإنه لا يحتاج إلي الدعوى وهي لا تكون مقبولة شرعا ما لم يكن الحق فيها موضع نزاع، وتحصيل الوقت الذي بدأ فيه النزاع حول الحق المدعى باعتباره الواقعة التي تسري منها المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغا" (طعن ٣٧ س ٤٥ق نقض ١٩٧٨/٣/٢٩)، وبأنه "مفاد نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الدعاوى التي يمنع من سماعها بمضي ثلاث وثلاثين سنة هي-وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض-الدعاوى المتعلقة بعين الوقف ولا تدخل في نطاقها الدعاوى التي يرفعها المستحقون علي الوقف بثبوت استحقاقهم فيه إذ هي من قبيل دعوى الملك المطلق التي يمنع من سماعها مضي خمس عشرة سنة وإذ كانت دعوى المطعون عليهم لا تتعلق بأعيان الوقف وإنما تقوم علي أساس ثبوت استحقاقهم حصصا في الشق الأهلي من الوقف أخذا بشرط الواقف، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي برفض الدفع-بعدم سماع الدعوى-علي سند من أن المدة المانعة من سماع الدعوى هي ثلاث وثلاثون سنة من تاريخ وفاة أصول المدعى عليهم متحجبا بذلك عن التحقق من مضي مدة الخمس عشرة سنة الواجبة التطبيق يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (طعن ٢٢ س ٤٤ق نقض ١٩٧٦/٤/١٤)، وبأنه "وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضي ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن إلا أنه إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذي مضت عليه المدة، وعدم السماع ليس مبينا علي بطلان الحق وإنما هو مجرد نهي القضاة عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل. ولما كان المنع من السماع في هذه الصورة لا أثر له علي أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه علي مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها فإنه لا يكون في هذا المجال محل لإعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني-ومتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأعمل تلك القواعد فإنه يكون مخالفا للقانون" (طعن ٣٣ س ٢٨ق نقض ١٩٦١/٣/٣٠).

التقـادم الصـــرفي :

تطبيقا لنص المادة ١٩٤ تجاري يتقادم الالتزام الصرفي بمضي خمس سنوات تبدأ من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافقة في المحكمة أو من يوم إنشاء السند إذا كان مستحق الدفع عند الطلب، وإذا انقطع هذا التقادم كانت مدة التقادم الجديدة مماثلة إلا إذا أقر المدين بالدين بموجب سند منفرد في تاريخ لاحق لتاريخ الاستحقاق فيعتبر ذلك تجديدا للالتزام الصرفي ويتقادم بخمس عشرة سنة. والمقصود بالالتزام المصرفي الالتزام الثابت في الأوراق التجارية المحررة لأعمال تجارية دون الأوراق غير التجارية ولو كانت محررة لعمل تجاري وأخص خصائص الورقة التجارية أن تكون مستقلة بنفسها وقابلة للتداول وأن يبين من مجرد الإطلاع عليها أن قيمتها مقدرة علي وجه نهائي لا يدع محلا لمنازعة. وتشمل الأوراق التجارية الكمبيالة والسند الأدنى والشيك فإذا كانت تجارية خضع الالتزام الصرفي المثبت فيها للتقادم الخمس. وبالنظر إلي أن الكمبيالة تعتبر عملا تجاريا دائما فإن الالتزام الوارد بها يسقط بالتقادم الخمس سواء كان محررها تاجرا أم غير تاجر، أما السند الأدنى فلا يعتبر عملا تجاريا إلا إذا حرر بسبب عمل تجاري سواء كان محرره تاجرا أو غير تاجر غير أنه إذا كان محررا من تاجر قام ذلك قرينة قانونية أنه محرر بسبب عمل تجاري حتى يقوم الدليل علي مدينة العملية التي حرر بسببها، فإذا كانت العملية مزدوجة الطبيعة بالنظر إلي طرفي السند فالعبرة تكون بالنظر إلي محرر السند أي المدين فيه، أما الشيك فلا يعتبر الالتزام الثابت فيه التزاما صرفيا يخضع للتقادم الخمس إلا إذا كان الدين الذي حرر وفاء به من طبيعة تجارية فإن لم يكن الدين من هذه الطبيعة لم يخضع للتقادم الخمس سواء كان محرره تاجرا أو غير تاجر، غير أنه إذا كان محرره تاجرا قام ذلك قرينة علي تجارية الدين ما لم يثبت عكس ذلك. وإذا كان الدين ذا طبيعة مزدوجة فالعبرة في صفته بالنظر إلي الساحب

والتقادم الخمسي لا يسري إلا علي الالتزام الصرفي الذي خصته المادة ١٩٤ تجاري والديون المنصوص عليها في المادة ٦٥، ١٠٤ تجاري وفيما عدا ذلك تسقط باقي الديون التجارية كالشأن في الديون المدينة بخمس عشرة سنة ويدخل في ذلك رصيد الحساب التجاري.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة أن التقادم الصرفي المنصوص عليه فيه يقوم علي قرينة الوفاء، إذ افترض الشارع أن حامل الورقة التجارية لا يسكت عن المطالبة بحقه طوال خمس سنوات إلا إذا كان قد استوفاه نقدا، ومن ثم كان طرح هذه الحجية علي قرينة الوفاء مشروطا بانتفاء ما يناقضها" (طعن ٩٤٠ س ٦١ق نقض ١٩٩٨/١١/١٩)، وبأنه "لما كان الطاعن قد استهل دعواه بالتمسك بالتقادم الصرفي المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة الذي يقوم علي قرينة الوفاء، وكان القياس بالنسبة له-وهو ليس المدين الأصلي وإنما كفيل ولم يدع سداد الدين بنفسه-هو الاعتقاد بالوفاء وليس الجزم ببراءة الذمة ذلك أن الشارع لا يتطلب منه إلا أن يحلف يمينا علي أنه معتقد حقيقة. أنه لم يبق شئ مستحق في الذمة، فإن استطراد الطاعن بعد التمسك بهذا التقادم إلي الدفع بعدم مسئوليته، سواء لعدم تجديد البنك المطعون ضده الحسابات المدينة سنويا مما يؤدي إلي سقوط التزام المدين الأصلي والتزامه بالتالي، أو إذا كان التجديد قد تم لأنه لا يسأل في هذه الحالة لعدم التوقيع منه علي التجديد كضامن، فإن استطرد إليه الطاعن من ذلك لا يعدو أن يكون دفاعا احتياطيا يتوقي به حالة عدم قبول المحكمة لدفعه بالتقادم الصرفي لإقرار المدين الأصلي-المختصم في الدعوى-بعدم سداد الدين أو غير ذلك، ولا ينطوي دفعه المسئولية علي النحو المتقدم علي إقرار ضمني بعدم وفاء الدين يناقض قرينة الوفاء، لما سبق من أن القياس بالنسبة له هو مجرد الاعتقاد بالوفاء وليس الجزم ببراءة الذمة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن مجرد استطراد الطاعن إلي الدفع بعدم مسئوليته بعد أن بدء دعواه بالدفع بالتقادم الصرفي ينطوي علي إقرار ضمني بعدم وفاء الدين يناقض قرينة الوفاء بالنسبة له-فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال" (طعن ٩٤٠ س ٦١ق نقض ١٩٩٨/١١/١٩)

وبأنه تنص المادة ١٩٤ من قانون التجارة علي أن "كل دعوى متعلقة بالكمبيالات، وبالسندات التي تحت إذن وتعتبر عملا تجاريا أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمرا بالدفع أو بالحوالات الواجب الدفع بمجرد الإطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين اعتبارا من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إذ لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفذ.." يدل علي أنه إذا انقضت مدة خمس سنوات من أي من المواعيد المبينة بتلك المادة يسقط حق الدائن في إقامة دعوى المطالبة بقيمة الدين الوارد بسند المديونية وقد حدد المشرع حالات انقطاع التقادم وذلك إضافة للأسباب المبينة بالمادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدني فإن التقادم الصرفي ينقطع بصدور حكم بالدين أو الاعتراف به بسند مستقل وما يترتب علي ذلك من نشوء مصدر جديد للدين ومدة جديدة للتقادم بحسب مصدر الانقطاع" (طعن ٣٠٢٦ س ٦١ق نقض ١٩٩٣/١/٤)، وبأنه "الدفع بالتقادم الصرفي، دفع موضوعي يدفع به المدين في الورقة التجارية مطالبة الدائن بحق تنشئة هذه الورقة فلا يقبل من الطاعن وهو المستفيد-وليس المدين-أن يتمسك بهذا الدفع" (طعن ١٦٧٥ س ٥٦ق نقض ١٩٩٠/١٠/٣٠)، وبأنه "النص في المادة ١٩٠ من قانون التجارة يدل علي أنه يجب أن يحتوي السند الاذني علي البيانات الإلزامية التي تطلبها القانون ومن بينها أن يتضمن ميعادا للاستحقاق معينا أو قابلا للتعيين وأن السند عاديا لا تسري عليه أحكام قانون الصرف وإنما قواعد القانون العام، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه أن السند البالغ قيمته ١٠٠٠ قد نشأ خاليا من تاريخ الاستحقاق وهو من البيانات الأساسية التي يستطيع الحامل بموجبها تعيين وقت حلول حقه، فهو بهذه المثابة يصبح سندا معيبا ولا يصحح ما اعتراه من عيب أن يذكر الدائن أنه مستحق السداد وقت الطلب أو في تاريخ معين لأنه قد نشأ باطلا كسند صرفي، ولا يتأتي إصلاح العيب في بيان منفصل. وأن ما أشارت إليه المادة ١٩٤ من قانون التجارة بعبارة "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" لا تغني-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-الأوراق التي أفقدها العيب اللاحق بها أحدى الخصائص الذاتية الجوهرية للأوراق التجارية ومن بينها تحديد ميعاد الاستحقاق في أجل معين فمثل هذه الأوراق لا يمكن أن تندرج في إحدى صور الأوراق التجارية التي نظمها القانون ولا يجرى عليها التقادم الخمسي بصرف النظر عما إذا كانت قد حررت لعمل تجاري أو بين تاجرين" (طعن ١٩٧٨ س ٤٩ق نقض ١٩٨٤/١/٩)، وبأنه "الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به علي واقعة خارجة عنه ولا علي تحقيق شرط ولا علي حلول أجل، ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلي المستفيد من الخطاب" (طعن ١٠١٣ س ٥٠ق نقض ١٩٨٥/١٢/٣٠)، وبأنه "النص في المادة ١٩٤ من القانون التجاري علي أن "كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمرا بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين..." يدل علي أنه لا يخضع للتقادم الخمسي المشار إليه إلا الدعاوى المصرفية التي تنشأ مباشرة عن الورقة التجارية ويرتد مصدرها إلي توقيع المدين عليها أما الدعاوى غير المصرفية التي تنشأ بمناسبة الورقة التجارية فلا تخضع للتقادم الخمسي بل للتقادم العادي" (طعن ٤٥٢ س ٤٩ق نقض ١٩٨٥/٢/١١)

كما قضت بأنه "مؤدي نص المادة ١٩٤ من القانون التجاري يدل علي أن الشارع سرد الأوراق التجارية التي تكلمت عنها النصوص السابقة عليها وأخضعها للتقادم الصرفي وهي الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية وقدر مدة هذا التقادم بخمس سنين علي أن تبدأ اعتبارا من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة وبشرط ألا ينقطع التقادم بأي سبب من أسباب الانقطاع القانوني ويقع التمسك به بطريق الدفع به ويقوم التقادم الصرفي علي قرينة الوفاء وعلي الملتزمين في الورقة التجارية الذين توجه إليهم دعوى الصرف ويكون من حقهم التمسك بالتقادم الصرفي تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين علي أنه لم يكن في ذمتهم شئ من الدين إذا دعوا للحلف وعلي من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يمينا علي أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شئ مستحق من الدين" (طعن ١٦٧٧ س ٥٠ق نقض ١٩٨١/٦/١٥)

وبأنه "الأصل في الالتزام مدينا كان أو تجاريا أن يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة وفقا لنص المادة ٣٧٤ من القانون المدني إلا أن المشرع التجاري خرج علي هذا الأصل وقرر تقادما قصيرا مدته خمس سنوات بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية ويستند هذا التقادم الخمسي علي قرينة الوفاء إذ قدر المشرع أن سكوت حامل الورقة التجارية عن المطالبة بحقه مدة خمس سنوات يفترض معه أنه استوفي حقه وهذا التقادم أوردته المادة ١٩٤ من قانون التجارة التي مفادها أن التقادم الخمسي الوارد فيها يقتصر تطبيقه علي الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية وهي الكمبيالة بدون قيد والسند الأذني والسند لحامله والشيك متى اعتبر كل منهما عملا تجاريا أما عبارة "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" والتي وردت بهذا النص فهي-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-تعني الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجاري لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجاري. وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول أي ورقة مستقلة بنفسها وأن يبين منها بمجرد الإطلاع عليها أن قيمتها مقدرة علي وجه نهائي لا يدع محلا للمنازعة والتي يتداولها التجار بينهم تداول النقد بدلا من الدفع النقدي في معاملاتهم التجارية أي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين ويمكن نقل ملكيتها من إنسان لآخر بتظهيرها أو بتسليمها بغير حاجة إلي إجراء آخر يعطل تداولها أو يجعله متعذرا وينبني علي ذلك أن التقادم الخمسي لا ينطبق علي الفواتير التي تحمل بيانا لقيمة البضاعة التي اشتراها التاجر ومذيلة بتوقيع المدين فقط ولا علي السند الأذني أو السند لحامله إذا كان الدين الثابت بهما معلقا علي شرط واقف في حين أنه ينطبق علي الأوراق التجارية المعيبة أو الناقصة التي تتوفر فيها خصائص الورقة التجارية وتكون صادرة من تجار أو لأعمال تجارية لأنها تعتبر أوراقا تجارية طبقا للمادة ١٠٨ من قانون التجارة. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واعتبر الإيصال موضوع الدعوى المتضمن استلام الطاعن من مورث المطعون عليها مبلغا معينا من النقود لاستغلاله في الأعمال التجارية ليس من قبيل الأوراق المحررة لأعمال تجارية بالمعنى المقصود في المادة ١٩٤ من قانون التجارة وقضي برفض الدفع بسقوط الحق في المطالبة بقيمته فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" (طعن ٣٥٣ س ٤٥ق نقض ١٩٧٨/٣/٢٣)، وبأنه "الدفع بسقوط الحق بالتقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة هو من الدفوع الموضوعية الذي يتعين علي المدين أن يتمسك به ويثبت عناصره أمام محكمة الموضوع. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق، أنه لم يسبق للطاعن التمسك أمام محكمة الاستئناف بهذا الدفع فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" (طعن ١٠ س ٤٥ق نقض ١٩٧٨/٩/١٩)، وبأنه "المادة ١٩٤ من قانون التجارة بعد أن عددت الأوراق التجارة التي يسري عليها التقادم المنصوص عليه فيها اردفت البيان بعبارة "غيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" والمقصود بذلك-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-الأوراق التجارية المحررة لأعمال تجارية والتي من خصائصها التداول باشتمالها علي البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون ومن بينها شرط الإذن وميعاد الاستحقاق. فإذا خلت الورقة من بيان منها أو من سائر البيانات الجوهرية الأخرى فإنها لا تعد من الأوراق التجارية التي عنتها المادة ١٩٤ من قانون التجارة والتي يخضع الحق الثابت فيها للتقادم الصرفي" (طعن ٨٥٧ س ٤٣ق نقض ١٩٧٧/٢/٢٨)، وبأنه "المقصود بالحكم الذي يحول دون سقوط الحق في المطالبة بقيمة الورقة التجارية بمضي خمس سنوات في مقام تطبيق المادة ١٩٤ تجاري هو الحكم النهائي الصادر علي المدين بمديونيته وإذ كان الحكم المتمسك به لم يتعد رفض الطعن بالإنكار من جانب المدين وهو قضاء في مسألة متعلقة بالإثبات ولا ينطوي علي قضاء قطعي في موضوع الحق ومن ثم فإنه لا يحول دون التمسك بالدفع بسقوط الحق بالتقادم الخمسي وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر انتهي إلي قبول الدفع بتقادم الحق لمضي أكثر من خمس سنوات علي تاريخ استحقاق آخر سند من سندات المديونية، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (طعن ٦٥٢ س ٤٢ق نقض ١٩٧٦/٤/٥)

وبأنه "يتعين للقول بأن حق الطاعن قد سقط في مطالبة مدينه الأصلي بقيمة السند لتقادمه بخمس سنوات من تاريخ استحقاقه وفقا للمادة ١٩٤ من قانون التجارة أن يثبت أن السند موقع عليه من تاجر أو حرر بمناسبة عملية تجارية وأن يدفع المدين بهذا التقادم" (طعن ٣٠ س ٣٦ق نقض ١٩٧٠/٤/٣٠)، كذلك قضت بأنه "مؤدي نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة أن المقصود بيوم حلول الدفع المنصوص عنه في هذه المادة هو الوقت الذي يستطيع فيه الدائن المطالبة بدينه. وإذ كان الدائن في الأوراق المستحقة الدفع عند الإطلاع يستطيع المطالبة بالدين من يوم إنشائها الذي يعتبر تاريخ استحقاقها الفعلي، فإن مدة تقادم الدعوى المتعلقة بتلك الأوراق تبدأ من اليوم التالي لإنشائها" (طعن ٣٨ س ٣٦ق نقض ١٩٧٠/٢/١١)، وبأنه "السند الذي يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابي المستقل عن الورقة التجارية الذي يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملا وكافيا بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذي يتضمنه بغير حاجة إلي الاستعانة بالورقة التجارية التي حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزما بمقتضاه وحده علي أن يكون لاحقا لميعاد استحقاق الورقة حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذي يبتدأ من اليوم التالي لتاريخ الاستحقاق" (طعن ٢٨ س ٢٦ق نقض ١٩٧٠/٦/١١)، وبأنه "مفاد نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة أن التقادم الخمسي المنصوص عليه فيه يقوم علي قرينة قانونية هي أن المدين أوفي بما تعهد به، ويشترط لقيام هذه القرينة إلا بصدر من المدين ما يستخلص منه أن ذمته لا تزال مشغولة بالدين كان يعترف صراحة أو ضمنا بأنه لم يسبق له الوفاء بالدين. وتمسك المدين ببطلان التزامه لعدم مشروعية سببه يتضمن إقرارا منه بعدم وفائه بهذا الدين ومن ثم فإنه لا يجوز لعدم مشروعية سببه يتضمن إقرارا منه بعدم وفائه بهذا الدين ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد إبداء هذا الوفاء أن يدفع بسقوط حق الدائن في المطالبة بالتقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة" (طعن ١٩٩ س ٣٥ق نقض ١٩٦٩/٤/٢٤)، وبأنه "لئن كان الدفع بإنكار الورقة العرفية من جانب المدين يدحض قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الصرفي المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة إلا أن الدفع بالجهالة من وارث المدين-وهو يقوم علي مجرد عدم العلم بأن الخط أو التوقيع هو لمن تلقي الحق منه-لا يتنافي مع قرينة الوفاء لأنه لا يفيد بطريق اللزوم عدم حصول الوفاء بالدين من المدين نفسه قبل وفاته علي غير علم من الوارث" (طعن ٢٢٧ س ٣١ق نقض ١٩٩٦/٣/٢٢)، وبأنه "تقدير ما ينقض قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الصرفي-هو علي ما جرى به قضاء محكمة النقض-من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع" (طعن ٢٢٧ س ٣١ق نقض ١٩٦٦/٣/٢٢)، وبأنه "قانون التجارة-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أوجب في شروط السند الأذنى المنصوص عليها بالمادة ١٩٠ من بيان اسم المستفيد مقرونا بشرط الأمر ليكون السند قابلا للتداول بمجرد التظهير، وإذ كان شرط الإذن لازما في الأوراق التجارية عموما فإن الصك الذي لا ينص فيه علي هذا الشروط يفقد إحدى الخصائص الأساسية للأوراق التجارية فيخرج عن نطاقها، ولا يمكن أن يندرج في إحدى صورها التي نظمها القانون، ولا يجري عليه التقادم الخمسي بصرف النظر عما إذا كان قد حرر لعمل تجاري أم لغيره. ولما كان السند موضوع النزاع لم يتضمن شرط الإذن، وهو من البيانات الأساسية التي يتطلبها القانون، فهو بهذه المثابة يصبح سندا معيبا. لما كان ذلك وكان لا يمكن أن يعد هذا السند بحالته تلك من قبيل ما أشارت إليه المادة ١٩٤ من قانون التجارة بعبارة "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" لأن هذه العبارة لا تعني-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-الأوراق-التي افتقدها العيب اللاحق بها إحدى الخصائص الذاتية الجوهرية للأوراق التجارية ومن بينها شرط الإذن، لما كان ما تقدم، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ورتب علي ذلك قضاءه برفض الدفع بسقوط الحق في المطالبة بقيمة هذا السند بالتقادم الخمسي، فإن النعي عليه يكون غير أساس" (طعن ٦٥ س ٤٣ق نقض ١٩٧٧/٥/١٠)

وبأنه "تعني المادة ١٩٤ من قانون التجارة بقولها "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجاري لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجاري، وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، أي اشتمالها علي شرط الإذن أو عبارة الأمر للمستفيد ومن ثم فإن الصك الذي لا ينص فيه علي هذا الشرط يفقد إحدى الخصائص الأساسية للأوراق التجارية، فيخرج عن نطاقها، ولا يمكن أن يندرج في إحدى صورها التي نظمها القانون، ولا يجرى عليه التقادم الخمسي بصرف النظر عما إذا كان قد حرر لعمل تجاري أو بين تاجرين. وإذ كان السند موضوع التداعي قد خلا من شرط الإذن، وتضمن قرارا من الطاعن بأن في ذمته مبلغا علي سبيل الأمانة للمطعون ضده تحت طلبه، فإن هذا السند يخرج عن نطاق الأوراق التجارية، ولا يجري عليه التقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة سالفة الذكر" (طعن ٦٦٩ س ٤١ق نقض ١٩٧٥/٦/٢٥)، وبأنه "مؤدي نص المادة ١٩٠ من قانون التجارة أنه يجب أن يحتوي السند الإذني علي البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون ومن بينها أن يتضمن ميعادا للاستحقاق معينا أو قابلا للتعيين، وأن السند الذي يخلو من ميعاد الاستحقاق بفقد صفته كورقة تجارية ويصبح سندا عاديا، لا ستري عليه أحكام قانون الصرف-ومنها التقادم الخمسي-إنما تسري قواعد القانون العامة. وإذ كان البين من الحكم أن السند موضوع النزاع لم يثبت فيه ميعاد الاستحقاق فإنه يصبح سندا معيبا ولا يصحح ما اعتراه من عيب أن يذكر الدائن-في طلب استصدار أمر الأداء-أنه مستحق السداد وقت الطلب، لأنه قد نشأ باطلا كسند صرفي ولا يتأتي إصلاح العيب في بيان منفصل عنه، ولا يمكن أن يعد هذا السند بحالته تلك، من قبل ما أشارت إليه المادة ١٩٤ من قانون التجارة بعبارة "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" لأن هذه العبارة لا تعني-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-الأوراق التي افقدها العيب اللاحق بها إحدى الخصائص الذاتية الجوهرية للأوراق التجارية، ومن بينها تحديد ميعاد الاستحقاق في أجل معين" (طعن ٥٨٧ س ٣٥ق نقض ١٩٧٠/٢/١٠)، وبأنه "المادة ١٩٤ من قانون التجارة بقولها "وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجاري، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجاري وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة مستقلة بنفسها، وأن يبين منها بمجرد الإطلاع عليها أن قيمتها مقدرة علي وجه نهائي لا يدع محلا لمنازعة فإذا كانت الورقة متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة علي خلو الكشف من السهو والغلط، فإنها لا تكون ورقة تجارية، ومن ثم لا يجري عليها التقادم الخمسي المقرر في المادة ١٩٤ من قانون التجارة وذلك دون حاجة إلي النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجاري أم لغيره" (طعن ١١٦ س ١٥ق نقض ١٩٤٧/١/٢٣)، وبأنه "المراد بعبارة "الأوراق المحررة لأعمال تجارية" الواردة بالمادة ١٩٤ من قانون التجارة هو الأوراق التي يتداولها التجار فيما بينهم تداول أوراق النقد خلفا عن الدفع النقدي في معاملاتهم التجارية. والمعنى الجامع في هذه الأوراق أنها تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين، ولا يمكن نقل ملكيتها من إنسان لآخر بتظهيرها أو بمجرد تسليمها بغير حاجة إلي إجراء آخر يعطل تداولها أو يجعله متعذرا. فالأوراق التي لا تنتقل الحقوق الثابتة بها بمجرد التظهير، والسندات التي يكون الدين بها مقسطا، والسندات التي تتصل بأمور أخرى بعيدة عن مجرد ثبوت الدين بذمة المدين وميعاد دفعه، كتعليق حلول أجل السداد علي أمر خارجي غير مضي ميعاد الاستحقاق، وكالتزام المدين بأداء عمل معين لشخص دائنه مع تعهده بسداد الدين-هذه الأوراق لا تعتبر من "الأوراق المحررة لأعمال تجارية" وإذن فعقد الإقرار بالدين الذي يشمل فضلا عن هذا الإقرار بالدين تأمينا عقاريا والذي جعل السداد فيه علي أقساط شهرية والذي يتضمن التزامات أخرى من جانب المدين لا علاقة لها بالمديونية كالتزامه شراء بضائعه من محل تجارة دائنه، ويجعل هذا الالتزام مرتبطا بالمديونية، ويرتب علي عدم القيام بتنفيذه سقوط الحق في الأجل واستحقاق جميع الأقساط الشهرية-هذا العقد لا يمكن اعتباره "من الأوراق المحررة لأعمال تجارية" علي المعنى الذي تقصده المادة ١٩٤ من قانون التجارة" (طعن ٢٩ س ٤ق نقض ١٩٣٤/١٢/١٠)

وبأنه السند الأذنى طبقا لصريح نص الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة يعتبر عملا تجاريا متى كان موقعه تاجرا، سواء أكان مترتبا علي معاملة تجارية أو مدنية، ويعتبر عملا تجاريا كذلك إذا كان مترتبا علي معاملة تجارية ولو كان الموقع عليه غير تاجر" (نقض ١٩٧٠/٤/٧ س ٢١ق ص٥٧٦)، وبأنه الوصف التجاري للشيك يحدد وقت إنشائه فيعتبر عملا تجاريا إذا كان تحريره مترتبا علي عمل تجاري أو كان ساحبه تاجرا ما لم يثبت أنه سحبه لعمل غير تجاري تطبيقا لمبدأ الأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه بالفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون التجارة، ولا عبرة في تحديد هذا الوصف بصفة المظهر للشيك أو بطبيعته العملية التي اقتضت تداوله بطريق التظهير إذ تنسحب الصفة التجارية أو المدنية التي أسبغت عليه وقت تحريره-علي ما جرى به قضاء محكمة النقض-علي جميع العمليات اللاحقة التي تقع عليه كتظهيره أو ضمانة" (نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ س ١٧ق ص٦١٨)، وبأنه "الأصل في الأوراق التجارية المعيبة، أنها تعتبر سندات عادية تخضع لأحكام القانون المدني متى كانت مستوفية الشروط اللازمة لهذه السندات إلا إذا صدرت بين تجار أو لإعمال تجارية، فإنها تعتبر-علي ما جرى به قضاء محكمة النقض-أوراقا تجارية طبقا للمادة ١٠٨ من قانون التجارة، فتجرى عليها الأحكام العامة للأوراق التجارية ومنها حكم التقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة" (نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ س ١٧ق ص٦١٨)، وبأنه "إنشاء الورقة التجارية كأداة للوفاء بالتزام سابق وإن كان يترتب عليه نشوء التزام جديد هو الالتزام الصرفي إلي جوار الالتزام الأصلي بحيث يكون للدائن الخيار في الرجوع علي المدين بدعوى الصرف أو بدعوى الدين الأصلي إلا أنه متى سلك في المطالبة سبيل دعوى الصرف، فإنه يكون خاضعا لجميع الأحكام والقواعد التي تحكم هذه الدعوى وحدها بغض النظر عن القواعد التي تحكم الالتزام الأصلي وذلك لاستقلال كل من الالتزامين وتفرد الالتزام الصرفي بأحكامه الخاصة ومن بينها تقادم الحق في المطالبة به بمضي خمس سنوات" (طعن ٦٥٢ س ٤٢ق نقض ١٩٧٦/٤/٥)، وبأنه "اليمين التي أجازت المادة ١٩٤ من قانون التجارة-الملغي-توجيهها من الدائن بدين صرفي إلي المدين المتمسك بالتقادم هي يمين حاسمة شرعت لمصلحة الدائن لتأييد القرينة القانونية التي يرتكز عليها التقادم الخمسي المنصوص عليه في هذه المادة وهي حصول الوفاء المستمد من مضي مدة التقادم فإذا لم يطلب الدائن توجيهها فليست للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ولا عليها أن قضت بسقوط الدين بالتقادم الخمسي" (طعن ٧٠ س ٤٤ق نقض ١٩٧٧/٥/٣٠)، وبأنه "إذ لم يقدم الطاعن ما يفيد تمسكه أمام محكمة الموضوع بطلب توجيه اليمين-للمدين الذي تمسك بانقضاء الدين بالتقادم الصرفي- وخلت الأوراق مما يفيد ذلك فإن هذا الدفاع الجديد لا سبيل إلي التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعي به غير مقبول" (طعن ٧٠ س ٤٤ق نقض ١٩٧٧/٥/٣٠).

التنازل عن التقادم الصرفي :

للمدين أن يتنازل عن التقادم الصرفي متى ثبت له الحق في التمسك به، ويكفي لثبوت هذا الحق انقضاء المدة المقررة لهذا التقادم، وقد يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا، كان يقرر بتنازله عن التقادم الصرفي، أو يتمسك بالتقادم الطويل، وحينئذ تلتزم المحكمة ببحث شروط التقادم الذي تمسك المدين به، ولا يجوز للدائن إجبار المدين علي التمسك بالتقادم الصرفي حتى يتمكن من أن يوجه إليه اليمين الحاسمة، فالتقادم الصرفي شرع للتهوين علي المدين حتى لا تظل ذمته مشغولة طوال مدة التقادم الطويل، ومن ثم يكون التقادم الطويل، ومن ثم يكون التقادم الصرفي تقرر لمصلحة المدين، ولذلك فله التنازل عنه والتمسك بالتقادم الطويل دون أن يلزم بأداء يمين، ويبقي الدين في ذمته كالتزام طبيعي (أنور طلبه ص٤٥٨).

براءة الذمة بانقضاء مصدر الإلتزام :

٢- البراءة التبعية :

تزول الرابطة التعاقدية كمصدر الالتزام بعدة أسباب.فقد تزول بالانقضاء أو بالإبطال أو بالانحلال.

ويترتب على ذلك انتهاء القوة الملزمة للعقد والتبعية انقضاء الالتزام وبراءة الذمة.

أولا : انقضــاء العقــد :

انقضاء العقد هو المصير الطبيعي له.إذ بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه يكون من الطبيعي انتهاء العمل به،بعد أن حقق الهدف المقصود منه.والمقصود بالانقضاء هو انقضاء الالتزامات التي يرتبها العقد،وليس العقد ذاته كتصرف قانوني.إذ يظل كيانه قائما رغم انقضاء الالتزامات التي يرتبها، فيظل العقد سندا للالتزامات التي رتبها،ولصحة الوفاء بما تم تنفيذه منها.كما يظل العقد سندا للمشترى يتمسك به في مواجهة أي خصم ينال من حقه الذي حوله له العقد.فإذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق أمكن أن يتمسك بعقد البيع لرفض ادعاء المدعي،وإذا طولب بالثمن أمكنه رفع دعوى ببراءة ذمته منه.فلو كنا بصدد عقد بيع فإن تسليم المبيع للمشتري ينهي العقد بالنسبة للبائع بمعنى ينقضي التزامه بالتسليم،وتعتبر الرابطة التعاقدية بالنسبة له منقضية طالما تقاضي الثمن.كذلك الحال بالنسبة للمشترى فإنه إذا تسلم المبيع بعد سداد الثمن فقد انقضي التزامه،ولكن هذا لا يمنع من أن يظل البائع ضامنا للعيوب الخفية ولعدم التعرض وللاستحقاق،بحيث يكون للمشتري أن يدخله بموجب عقد البيع كضامن في حالة الحكم للغير باستحقاق المبيع . (عبد الحكم فوده صـ٣٣٩).

ثانيا : إبطـــال العقـــد :

هناك أركان للعقد لابد من قيامها حتى يتكون،ولهذه الأركان شروط لابد من توافرها حتى لا تختل ، وركن من هذه الأركان-وهو الرضاء لابد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوبا بعيب حتى يكون صحيحا،وأركان العقد الرضا والمحل والسبب؛وكذلك الشكل في العقود الشكلية؛فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدما؛وشروط المحل أن يكون ممكنا معينا مشروعا وشرط السبب أن يكون مشروعا؛فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ؛وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه،كان العقد باطلا بطلانا نسبيا . (السنهوري بند٣٠٠)

البطــلان المطلــق :

العقد الباطل بطلانا مطلقا يعتبر في حكم العدم؛فلا يرتب أثرا ولا لتحقه الإجازة ولا يرد عليه التقادم؛ولكل ذي مصلحة التمسك به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

فقد نصت المادة١٤١مدني على أنه إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان؛وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

البطــلان النسبــي :

العقد الباطل بطلانا نسبيا أو القابل للإبطال عقد له وجود قانوني وإذا كان العقد موجودا فإنه يرتب آثاره القانونية حتى يقضي ببطلانه.وليس لغير المتعاقد الذي نقصت أهليته أو تعيب رضاؤه أن يتمسك بالإبطال عملا بنص المادة١٣٨مدني الذي جري على انه(إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق).

تقريـــر البطـــلان :

يتم تقرير البطلان العقد القابل للإبطال بالتراضي أو بالتقاضي.ويشترط في حالة التراضي أن توافر الأهلية في كل من المتعاقدين؛فإذا لم يتراضي فلا يجوز لمن له الحق في التمسك بالإبطال أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة،بل يتعين عليه الالتجاء إلى القاضي للحصول على حكم بإبطال العقد.وحكم القاضي يعتبر فشئنا للبطلان لا كاشفا له كما هو الأمر بالنسبة للبطلان المطلق.

أثر تقرير بطلان العقد :

تنص المادة١٤٢مدني على أنه"في حالتي أبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل،ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقض أهليته أن يرد غير ما تعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد فيتبين من هذه المادة أنه في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد أي أن العقد يعتبر كأن لم يكن سواء في علاقة المتعاقدين فيما بينهم أم بالنسبة للغير.فبالنسبة للمتعاقدين يردا إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد؛بحيث يعتبر العقد الباطل أو القابل للإبطال كأن لم يوجد،فإذا لم ينفذ ظل الحال على ذلك.وإذا كان قد نفذ أعيدت الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد،ويمكن لأي من الطرفين رفع دعوى براءة الذمة إذا ما طولب بالتزام كان قد نفذه بالفعل. أما إذا كان ذلك مستحيلا كهلاك العين في يد المشتري في العقد الفوري،أو نفذ العقد بانتفاع المستأجر بالعين مدة التعاقد في العقد الزمني،فإنه يتعين الحكم بتعويض معادل.ويستثنى من ذلك حالة نقص الأهلية فلا يلزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة فقط بسبب العقد،كذلك لا تجوز إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في المسائل المخالفة للنظام العام والآداب فلا يجوز لشخص أن يسترد ما دفعه في بيت دعارة،باعتبار أن ذلك من قبيل الجزاء على الفحشاء.

ثالثا : انحـــلال العقـــد

انحلال العقد يعنى زوال الرابطة التعاقدية قبل انقضاء مدة التعاقد،أو قبل انتهاء العمل بأحكامه،وذلك إما باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون.ولا يشترط أن يكون الانحلال بعد تنفيذ العقد وقبل انتهاء مدته،إذ يجوز أن ينحل قبل البدء في التنفيذ.وقد يكون الانحلال كاملا بتناول الرابطة التعاقدية برفعها، وقد يكون جزئيا ، فيقتصر على إعفاء المدين من بعض التزاماته.

والانحلال إذا تم باتفاق الطرفين سمي تقايلا ،أما إذا تم بسبب من أسباب القانون،فأما أن يكون رجوعا أو إلغاء بالإدارة المنفردة وامنا أن يكون فسخا.

التقايل أو التفاسخ :

قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا علي إلغاء العقد، والتقايل يكون بإيجاب وقبول صريحين، أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي والأصل أن التقابل ليس له أثر رجعي، فيكون هناك عقدان متقابلان، فإذا تقايل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلي المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلي البائع، وقد يتراضي المتبايعان علي أن يكون للتقايل أثر رجعي، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن. وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر، فهو علي كل حال بالنسبة إلي الغير ثم بالنسبة إلي التسجيل، عقد ثان أعقب العقد الأول، ويترتب علي ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقا للغير علي هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين إلي مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق، كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلي صاحبها الأول (السنهوري بند ٥٤٩-البدراوي بند ٣٨٧-الشرقاوي بند ٨٩- الجارحي ص١١٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "التفاسخ أو التقايل من العقد هو اتفاق طرفيه بعد إبرامه وقبل انقضائه علي إلغاء العقد. لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير أو نفي التقابل الصريح أو الضمني متى أقامت قضاءها علي أسباب سائغة" (الطعن رقم ٥٠٢٣ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧، مجموعة المكتب الفني س٤٥ ع١ ص٢٧٨ جلسة ١٩٩٤/١/٢٧، مجموعة المكتب الفني س٢٠ ع١ ص٧)، وبأنه "إن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصح هو قانونهما والمرجع في التعرف علي إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)، وبأنه "المقرر أنه إذا اشتمل العقد (عقد البيع الابتدائي) علي بيع أكثر من حصة مقابل ثمن إجمالي لها جميعا، ثم انعقدت إرادة الطرفين في العقد النهائي علي أن يصبح هذا الثمن مقابلا لبعض تلك الحصص دون البعض الآخر، فإن مؤدي هذا أنهما تقايلا من بيع ما لم يشتمل عليه العقد النهائي من أجزاء المبيع، وارتضيا تعديل كل من المبيع والثمن. والقول بغير ذلك مؤداه التزام البائع نقل ملكية الأعيان التي لن تشتمل عليها هذا العد الأخير دون مقابل، وهو ما يتعارض مع كون الثمن ركنا أساسيا في عقد البيع لا ينعقد دون تحديده أو علي جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)، وبأنه "التفاسخ (القتايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، ويحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني، أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص٤٧٠ نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧)، وبأنه "حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض، فإذا كان كل ما شرطه المشتري في إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضا حقيقيا علي يد محضر في ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها علي أن الإيداع أيضا في ظرف الأسبوع كان شرطا للتفاسخ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستندا في ذلك إلي أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا الرسوم التي دفعت توطئه للتسجيل دون أية إشارة إلي شرط الإيداع المبلغ المعروض لم يتم في الأسبوع" (مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص٦٠١ نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨)، وبأنه "الأصل في العقود أن تكون ملزمة لطرفيها بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقدين الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه، وأيا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق-وهل يعد تفاسخا وإبراما لعقد جديد-فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين وحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بأيهما أن تورد من القرائن والأدلة أو من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد وكيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حله" (الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩، الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠، الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠، الطعن ٦١ لسنة ٣٣ق السنة ١٨ ص٣٩٤ جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)، وبأنه "لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس من ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي رفع العقد والتقايل منه، وأيا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق وهل يعد تفاسخا أو إبراما لعقد جديد، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد وبحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بالتقايل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)

وبأنه "متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الأخيرون فسخ العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي بالفسخ تأسيسا علي تلاقي إرادة المشتري والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشتري بني طلب الفسخ علي سبب مغاير للسبب الذي بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل في طلب التعويض" (الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)، وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد إلي ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شرط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لأن مجال إعمالها هو حالة الشرط الفاسخ الضمني أن في حالة الفسخ الاتفاقي فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ" (الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)، وقد قضت أيضا بأن "المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أنه وإن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه ومن ثم فإن التقايل في عقد الإيجار يكون باتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه ومن ثم فإن التقايل في عقد الإيجار يكون باتفاق المتعاقدين علي إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته حتى ولو تم التقايل أثناء امتداد الإيجار بحكم القانون" (الطعن ٢٠٦٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٨، مجموعة محكمة النقض سنة ٤١ ص٦٤٣)

وقضت أيضا محكمة النقض بأن "من المقرر وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أنه ولئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق ينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيا، وبحسب محكمة الموضوع إن هي قالت بالتقايل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد، ولا معقب علي محكمة الموضوع إن هي ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء علي أسباب سائغة رفضها أو قبولها" (الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)، وبأنه "فسخ العقد-عدم إمكان انفراد أحد العاقدين به دون رضاء المتعاقد الآخر-التقايل يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين-القضاء بالتقايل الضمني-شرطه-أن تبين محكمة الموضوع بأسباب سائغة الوقائع والظروف الكاشفة عن تلاقي إرادتي طرفي العقد علي حله-مثال في بيع" (الطعن ٥١٢٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١/١٦)، وبأنه "التقايل عن العقد صراحة أو ضمنا هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه علي أسباب سائغة دون أن يكون ملزما بالرد استقلالا علي أوجه دفاع الخصوم مادامت الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد الضمني علي هذا الدفاع" (الطعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)، وبأنه لئن كان استخلاص نية المتعاقدين علي التفاسخ الضمني وتحصيل فهم الواقع في الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أنها متى قالت بهذا التفاسخ فإن عليها أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد وأن يكون ما تورده من ذلك من شأنه أن يؤدي عقلا إلي ما انتهت إليه. فإذا كان ما انتهي إليه الحكم المطعون فيه من اتجاه نية طرفي العقد إلي التفاسخ عنه يتنافي مع إصرار كل منهما علي التمسك به في الدعوى التي أقامها علي الآخر وطالب فيها بالتعويض علي أساس إخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد ومع استمرار كل منهما متمسكا بالعقد وبإخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عنه طوال نظر الدعوى أمام درجتي التقاضي دون أن يدعي أيهما حصول التفاسخ عنه فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال" (الطعن ٤٧٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢)

وبأنه "التفاسخ والتقايل" كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنين وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتفاسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (الطعن ٦١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٦)، وبأنه "متى كان الحكم قد استخلص نية المتعاقدين علي التفاسخ وحصل فهم الواقع فيها من قرائن موضوعية مؤدية إلي النتيجة التي انتهي إليها فإن ذلك مما يستقل به قاضي الموضوع" (الطعن ٥٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤)، وبأنه "قرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ تضمن إيجابا من الحكومة أوجبت به علي نفسها أن ترد لكل مالك ملكه الذي نزع منه في مدي خمس سنوات مقابل ثمنه الذي رسا به المزاد عليها وهذا الإيجاب متى قبله المدين المنزوعة ملكيته-وهو قانونا في حكم البائع- لا يكون إنشاء لبيع مستحدث وإنما هو اتفاق علي التقايل في البيع القديم واسترداد في المبيع والثمن" (مجموعة القواعد القانونية سنة ٢٤ ص٣٤٨ جلسة ١٩٥١/٢/٨)، وبأنه "إذا كان الطاعنان لم يقدما ما يدل علي تمسكهما أمام محكمة الموضوع بانقضاء عقد الوعد بالإيجار بالتقايل عنه أثر تنازل بات من المطعون عليه الأول-الموعود له-عن التمسك به، وكان ما ساقه الطاعن الأول علي ما جاء بأسباب الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه أنه عرض الشقق الأربعة علي المطعون عليه الأول شفاهة لاستئجارها فلم يقبل بينما نفي المطعون عليه الأول هذا الإدعاء وإذ كان لا يكفي لاعتبار الدفاع متضمنا هذا النعي مجرد الإشارة فيه إلي عدم قبول المطعون عليه الأول استئجار تلك الشقق بل يجب أن يبديه في صيغة صريحة جازمة تدل علي تمسك صاحبه بأن عقد الوعد بالإيجار قد انقضي بما لا يجوز معه للمطعون عليه الأول التمسك به بعد ذلك وإقامة دعواه تأسيسا عليه، فإنه لا تثريب علي الحكم المطعون فيه أن هو لم يعتبر دفاع الطاعن الأول متضمنا انقضاء الوعد وبالتالي لم يرد عليه، وطالما أنه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض" (الطعنان رقما ٥٦٥و ٥٧٠ سنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)، وبأنه "لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان إنفراد أحد العقادين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي التقايل منه وإبرام عقد جديد وكما يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين إذ التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون ضمنيا علي ما تقضي به المادة ٩٠ من القانون المدني-لما كان ذلك-وكان الثابت من الاتفاق المحرر في ١٩٥٨/٥/٣٠ إقرار مورث الطاعنة بإخلاء شقة النزاع في موعد غايته آخر أبريل سنة ١٩٥٩ ثم استمر المورث في شغل العين من هذا التاريخ، وحتى وفاته في سبتمبر سنة ١٩٨٠ وبقاء الطاعنة مقيمة بها بعد وفاة والدها واستمرارها في سداد مقابل الانتفاع المنصوص عليه في الاتفاق الأول شهريا وقبول الملاك ذلك المقابل وسكوتهم عن المطالبة بتنفيذ الاتفاق طوال هذه المدة كما لم يرفعوا دعواهم بالإخلاء سنة ١٩٨٥ إلا بعد إقامة الطاعنة دعواهم بطلب الحكم بثبوت العلاقة الإيجارية فإن ذلك كله يؤكد تقايل طرف النزاع عن الاتفاق المحرر في ١٩٥٨/٥/٣٠ ونشوء علاقة إيجارية بين مورث الطاعنة عن وبين مورث المطعون ضدهم ومعهم من بعده-وامتداد تلك العلاقة إلي الطاعنة عن وبين مورث المطعون ضدهم ومعهم من بعده-وامتداد تلك العلاقة إلي الطاعنة بعد وفاة والداها المستأجر الأصلي الذي كانت تقيم معه طبقا لنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وهو ما لم ينازع فيه المطعون ضدهم وهي علاقة توافرت لها أركان عقد الإيجار طبقا للمادة ٥٥٨ من القانون المدني من منفعة بشئ معين ومدة وأجرة" (الطعن رقم ١٥٨٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٣).

يجوز التفاسخ عن العقد أثناء رفع دعوى الفسخ :

فقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الأخيرون فسخ هذا العقد، فإن الحكم المطعون إذ قضي بالفسخ تأسيسا علي تلاقي إرادة المشتري والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشتري بني طلب الفسخ علي سبب مغاير لسبب الذي بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل في طلب التعويض" (طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١/٢١).

وللمشتري بعقد عرفي أن يتقايل عن البيع ولو كان قد باع المبيع إلي آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه :

فقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان لمشتري العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقا لإجراءات الحوالة، إلا أن ذلك لا ينفي حقه أيضا في أن يتصرف بالبيع في العقار إلي مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلا بذاته عن عقد شرائه يلتزم هو فيه قبل المشتري بكافة التزامات البائع التي يرتبها عقد البيع، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن بيع المطعون ضده الأول الأطيان التي اشتراها من المطعون ضدهما الثاني والثالث بموجب عقد البيع غير المسجل ١٩٧٠/١٢/٨ إلي الطاعن، وأن المطعون ضده الأول التزم في العقد الأول بكافة التزامات البائع التي تتولد عند البيع ومنها ضمان خلو المبيع من الحقوق العينية والالتزام بتسليم مستندات الملكية للطاعن والتوقيع علي العقد النهائي واستحضار المطعون ضدهما الثاني والثالث للتوقيع عليه مما ينفي عنه صفة حوالة الحق التي يترتب عليها حلول المحال له محل المحيل في الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ومن ثم فلا يحل الطاعن محل المطعون ضده الأول في العقد المؤرخ ١٩٧٠/١٢/٨ ويكون لهذا الأخير وللمطعون ضدهما الثاني والثالث أن يتقايلا منه إعمالا للأثر النسبي للعقود" (الطعن ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠).

الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعي :

الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعي، فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه، إلا أنه يجوز للطرفين أن يتفقا علي الأثر الرجعي لزوال العقد. ويجوز أن يكون الاتفاق علي الأثر الرجعي شاملا كافة الحقوق والالتزامات المترتبة علي العقد الذي تم التفاسخ عنه، أو عن بعض هذه الحقوق والالتزامات فقط. والاتفاق علي الأثر الرجعي، كما يكون صريحا يصح يصح أن يكون ضمنيا يستخلصه قاضي الموضوع من ظروف الدعاوى (السنهوري ص٥٦٦- تناغو ص١٨٦-الشرقاوي بند ٨٩- حسن عبد الرحمن ص٥٩٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "للمتعاقدين أن يتفقا علي أن يكون للتفاسخ أثر معدم لكل ما يترتب علي تعاقدهما من حقوق والتزامات وللمحكمة أن تستخلص هذه النية المشتركة من ظروف الدعوى وملابساتها، وإذن فمتى كانت المحكمة بعد أن استعرضت ظروف التفاسخ قالت إن من شأنه أن يجعل البيع كأن لم يكن مؤسسة قضاءها في ذلك علي أن المطعون عليه الأول إنما اضطر إلي التنازل عن دعواه بصحة التعاقد بل وعن حقه في البيع إزاء إصرار الطاعن علي إنكاره في البداية فلما لاحت للطاعن مصلحة في التمسك بهذا العقد الذي سبق أن إهداره بإنكاره رفع الدعوى بصحته بعد أن عدل عنه المطعون عليه الأول واستخلصت من هذه الظروف أن العقد بفرض أنه سبق أن تم أصبح بإرادة المتعاقدين منفسخا وكأنه لم يكن، فإنها لا تكون في تقريرها هذا قد أخطأت في القانون" (الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)، وبأنه "متى كان الطرفان قد تراضيا علي إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له أثر رجعي إلا إذا اتفقا علي ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة علي العقد الذي تفاسخا عنه" (طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٤/٧).

عدم مساس الأثر الرجعي للتفاسخ بحقوق الغير :

يجب ألا يمس الأثر الرجعي للتفاسخ بحقوق الغير منعا من الإضرار به. والمقصود بالغير هنا من اكتسب حقا عينيا علي العقار المبيع قبل تسجيل عقد التفاسخ. فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلي المشتري بالتسجيل. فإن التفاسخ لا ينتج أثره في حق الغير إلا من وقت تسجيله. ويترتب علي تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلي البائع من وقت التسجيل. فإذا كان الغير قد اكتسب حقا علي العقار من المشتري في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التفاسخ فإن هذا الحق يظل نافذا في حق البائع الذي عادت إليه ملكية الشئ (سمير تناغو ص١٨٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الغير الذي لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا علي العقار المبيع. ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن-مشتري العقار من المشتري الأول، إلا بشهر عقدي البيع أو التأشير بالحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد علي هامش صحيفتها المشهرة، أما مجرد شهر الصحيفة فإنه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشتري الأول ولو كان عرفيا" (طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)، كذلك إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشئ الذي ورد عليه العقد الذي حصل عليه التفاسخ بمقتضي عقد من عقود الإدارة، كالإيجار فإنه حقه يبقي بالرغم من التفاسخ (عزمي البكري ص٦٣٨).

ثانيا : إلغاء العقد بالإرادة المنفردة:

قد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد وقد نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها:الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد الشركة والهبة وعقد التأمين.

فينحل العقد قبل انقضائه، بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقابل أما الأسباب التي يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة والفسخ. وقد يتقابل المتعاقدان بأن يتفقا على إنهاء العقد، والتقابل يكون بإيجاب وقبول، صريحين، أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي والأصل أن التقابل ليس له أثر رجعي، فيكون هناك عقدان متقابلان، فإذا تقايل المتابعيان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع، وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن. وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر، فهو على كل حال، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل، عقد ثان أعقب العقد الأول، ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد الذي حصل التقايل فهي قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين إلى مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق، كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول. وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد، نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة. ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة (م٧١٥) كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل (م٧١٢). وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م٦٤٣ فقرة ٣) ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م٦٤٤). وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م٧٢٢).

وفي المقاولة، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٦٣ فقرة ١). وفي القرض، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين، إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد، ورد ما اقترضه على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م٥٤٤). وفي الدخل الدائن يجوز استبدال الدخل في أي وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م٥٤٦). وفي عقد التأمين على الحياة، يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م٧٥٩) ويجوز له أيضاً متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل، أن يصفي التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م٧٦٢). وفي الهبة، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك، وهذا يعتبر تقايلاً، فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع (م٥٠٠ – ٥٠٣)، والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن. وفي الشركة، يجوز للمحكمة أن تقضي بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل، وهذا ضرب من الفسخ، كما يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م٥٣١)

وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء. وفي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب، ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد. ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام. (السنهوري بند ٤٥٦ وما بعده، الشرقاوي بند ٨٨، الصدة بند ٣٦٠ وما بعده، مصطفى الجارحي ص٣ وما بعدها، سليمان مرقص بند ٣٢٩ وما بعده)

وقد قضت محكمة النقض بأن "التفاسخ أو التقايل من العقد هو اتفاق طرفيه بعد إبرامه وقبل انقضائه على إلغاء العقد. لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير أو نفي التقايل الصريح أو الضمني متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة" (الطعن رقم ٥٠٢٣ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧، جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ مجموعة المكتب الفني س٤٥ ع١ ص٢٧٨، جلسة ١٩٦٩/١/٢ مجموعة المكتب الفني س٢٠ ع١ ص٧)، وبأنه "الأصل في العقود أن تكون ملزمة لطرفيها بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقدين الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقابل عنه، وأياً كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق – وهل يعد تفاسخاً وإبراماً لعقد جديد – فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين وحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بأيهما أن تورد من القرائن والأدلة أو من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد وكيف تلاقت هاتان الإرادتان على حله" (الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩، الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠، الطعن رقم ٧٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠، الطعن رقم ٦١ لسنة ٣٣ق السنة ١٨ ص٣٩٤ جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)، وبأنه "التفاسخ (التقابل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني، أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي التعاقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد" (نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص٤٧٠)

وقضت أيضاً بأن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض، فإذا كان كل ما شرطه المشتري في إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً على يد محضر في ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة ا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً في ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاسخ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً في ذلك إلى المبلغ المعروض لم يكن شاملاً الرسوم التي دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع في الأسبوع، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض في حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم في الأسبوع" (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص٦٠١).

ثالثا : الفســـخ :

الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين وذلك إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه إذ يكون للمتعاقد الآخر، والحال هكذا، أن يطلب حل أو إنهاء الرابطة العقدية للتحلل من التزامه. وقد عرفت محكمة النقض الفسخ بأنه "حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه" (الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٥٩/١/١٨)

واللجوء إلى الفسخ يبرره عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما التزم به، حيث يكون للمتعاقد الآخر، الذي يكون مستعداً لتنفيذ التزامه ولكنه لا يرى المتعاقد المخل مستعداً لتنفيذ التزامه، مصلحة في اللجوء إلى الفسخ تتمثل في تحلله من التزاماته المترتبة على العقد، فالبائع الذي لا يحصل على ثمن المبيع من المشتري لا يكفيه أن يظل محتفظاً بالمبيع لديه وإنما يهمه أن يتصرف فيه إلى مشتر آخر يقوم بدفع الثمن، وهذا لا يكون إلا إذا تخلص من البيع الأول وذلك بفسخه. أما إذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ التزامه كاملاً كما في حالة البائع الذي يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري إلا أن هذا الأخير لم يقم بدفع ثمن المبيع لمعاناته من الإعسار الأمر الذي يعوق التنفيذ العيني أو الجبري، فهنا يهم البائع استرداد المبيع لكي يعرضه على مشتري آخر يوفي بثمنه، وهذا لا يتم إلا بفسخ عقد البيع. وتقرر المادة ١/١٥٧ مدني حق الفسخ إذ تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض". وحق الفسخ الذي يطلبه أحد المتعاقدين جزاء إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية هو حق يأت دائماً لأي متعاقد إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته، حتى ولو خلا العقد من اشتراط هذا الحق، فحق طلب الفسخ مقرر لكلا المتعاقدين بنص المادة ١/١٥٧ مدني، فهذا النص الذي يعد من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين.

ويبين من نص المادة ١/١٥٧ مدني أن الفسخ قد يتلازم مع جزاء المسئولية العقدية "التعويض" وذلك حين يخل أحد المتعاقدين بالتزامه، فيطلب المتعاقد الآخر فسخ العقد، وفي ذات الوقت يكون هذا الإخلال مكوناً لخطأ يصيب هذا الأخير بضرر فيطلب تعويضاً عما لحقه من ضرر. غير أن التلازم بين الفسخ والتعويض ليس تلازماً دائماً، فقد يطلب أحد المتعاقدين الفسخ ولا يكون هناك مجال للتعويض. فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه عيناً وكان هذا التنفيذ ممكناً جاز للدائن أن يطلب من القضاء إلزام المدين بالتنفيذ العيني كما يكون له بدلاً من ذلك أن يطلب فسخ العقد، وإذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً لسبب لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة أو حادث فجائي فإن العقد ينفسخ بقوة القانون (حسام الأهواني بند ٥٧٨، نقض ١٩٨١/١٢/٢٢ س٣١ رقم ٣٨٨ ص٢٠٨٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع لا يعتبر مفسوخاً إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني بمجرد تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن، بل يتعين لكي تقضي المحكمة بإجابة البائع إلى طلب الفسخ أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، فإذا ما قام المشتري بتنفيذه قبل ذلك امتنع قانوناً الحكم بالفسخ ولو كان هذا الوفاء بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع دعوى الفسخ. لما كان ذلك وكان الثابت من المستندات المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع بدرجتيها أنها قامت بسداد الأقساط المستحقة عليها من باقي ثمن المبيع بموجب إنذارات عرض عن المدة المطالب بها ومدد أخرى لاحقة عليها استجدت أثناء نظر الدعوى، ومن ثم فإنها تكون قد أوفت بالتزامها بما يمتنع معه القضاء بالفسخ جزاءً على الإخلال بهذا الالتزام. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص في قضائه إلى أن الطاعنة قامت بالوفاء بما هو مطلوب منها إلا أنه ورغم ذلك قُضي بفسخ عقد البيع مثار النزاع على سند من القول بأن توالى إنذارها بالسداد وعرضها إياه في تواريخ لاحقة يكشف عن إخلالها بالتزامها التعاقدي في حين أن هذا الإخلال أصبح منتفياً من الأوراق لتوقيها الفسخ بسداد ما هو مستحق عليها على النحو السالف بيانه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه" (اطعن رقم ١٥٣٥ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٤)، وبأنه "المقرر أن فسخ العقد صورة من صور المسئولية العقدية ويتمثل في حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد الالتزامات الناشئة عنه" (الطعن رقم ٨٥٩ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٣)، وبأنه "دعوى فسخ عقد البيع ليست من الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين" (الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)، وبأنه "الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه. والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضي على نحو ما نصت عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني وهو ما يستلزم إعذار المدين بوضعه قانوناً موضع المتأخر في تنفيذ التزامه إلا أنه لا محل للإعذار متى صرح المتعاقد كتابة بأنه لا يريد القيام بالتزامه على ما تقضي به المادة ٢٢٠/د من القانون ذاته" (الطعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٦).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضي- على نحو ما نصت عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني – وهو ما يستلزم إعذار المدين بوضعه قانوناً موضع المتأخر في تنفيذ التزامه. وكان الشارع لم يصرح بأن يجعل من الإخلال بالالتزام أو توجيه الإعذار من شروط قبول دعوى الفسخ بل يكفي تحققها أثناء نظر الدعوى باعتبار أن الإخلال بالالتزام هو مناط الحكم بالفسخ وأن الإعذار هو شرط إيقاعه ولا محل للإعذار متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه، فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى، أو لم يقرن العرض بالإيداع – فلا تكون هناك حاجة للحكم بالفسخ، إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق" (الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/١/١٨)، وبأنه "الشرط الفاسخ- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مفترض دائماً في كل عقد تبادلي، وهو – على ما يدل عليه نص المادة ١٥٧ من القانون المدني – جزاء مقرر لمصلحة الدائن، لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي" (الطعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٠)، وبأنه "لا يعني اشتراط البائع اعتبار العقد مفسوخاً عند التخلف عن الوفاء بالقسط الأول من الثمن في الميعاد المحدد، حرمانه مما يخوله له القانون من الحق في طلب الفسخ إذا ما تأخر المشتري في الوفاء بما بعد القسط الأول وذلك ما لم ينص في العقد صراحة على ألا يكون للبائع في هذه الحالة حق طلب الفسخ أو يتنازل- مع قيام السبب الموجب لطلب الفسخ – عنه صراحة أو ضمناً باتخاذ إجراء أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته" (الطعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٠)

وبأنه النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بني عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية من هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهي الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدي مادام لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها" (الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)، وبأنه "لما كانت المادة ١/١٥٧ من القانون المدني تنص على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد" وكان لا يشترط لإعمال حكم هذه المادة أن يتضمن العقد شرطاً يجيز الفسخ في حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يقض بالفسخ إعمالاً لشرط فاسخ قال أن العقد تضمنه وإنما قضى بالفسخ بعد أن سجل على الطاعنة المستأجرة قعودها عن تنفيذ التزامها برفع اللوحات والإعلانات المضيئة وملحقاتها منذ أن استعملت حقها في سداد ربع الأجرة بما اعتبره إخلالاً بالعقد يصلح سبباً لفسخه، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"

شروط المطالبة بالفسخ :

هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد، اثنين منها يصرح بهما النص، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ، وهذه الشروط هي: (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين. (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى. (السنهوري بند ٤٨٦ – جمال زكي بند ٢٠٥ – البدراوي بند ٣٩٣، ٣٩٥)

الشرط الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين: لجواز المطالبة بالفسخ يجب، أولاً، أن يكون العقد ملزماً للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم من عقود المدة "العقود الزمنية"، محددة المدة أو غير محددة المدة كالبيع والإيجار. ذلك أن نظام الفسخ يقوم، وفقاً للرأي الراجح، على فكرة الارتباط بين التزامات طرفي العقد المتقابلة، والعقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي تنشئ التزامات متقابلة. أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور الفسخ فيها لأن الملتزم فيها هو أحد العاقدين فقط، فإذا تخلف هذا الأخير عن تنفيذ التزامه فلا يكون للعاقد الآخر مصلحة في المطالبة بالفسخ، إذ ليس في ذمته التزام مقابل يهمه أن يتحلل منه بطلب الفسخ، وإنما تتمثل مصلحته في أن يطالب بتنفيذ العقد. فالفسخ جائز في كل العقود الملزمة للجانبين، ويتسع لجميع أنواع هذه العقود حتى ولو كانت احتمالية بما في ذلك عقد الإيراد المرتب مدى الحياة (المادة ٧٤٦ مدني) وعقد القسمة وذلك على خلاف ما هو مقرر في القانون الفرنسي بالنسبة لعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعلى خلاف ما يأخذ به القضاء الفرنسي بالنسبة لعقد القسمة. ويسري الفسخ كذلك، في نطاق العقود الملزمة للجانبين، على العقود المدنية والعقود الإدارية على السواء.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الفسخ يرد على الصلح، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح في ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل" (الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٥/٢/٣)، وبأنه "حق رب العمل ف فسخ العقد لإخلال العامل بأحد التزاماته الجوهرية في العقد المحدد المدة يرجع في أصله إلى أن عقد العمل ملزم لطرفيه ويرتب في ذمتهما التزامات متبادلة تسوغ لأحدهما التحلل من رابطة العقد إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه أو أخل به" (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

وبأنه "الفسخ القضائي كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلني جبرياً كان أو اختياريا.. لما كان ذلك، وكان الطاعنان قد اختارا طلب فسخ البيع لتخلف الراسي عليهم المزاد عن الوفاء بالتزاماتهم بالبندين المشار إليهما بقائمة شروط البيع، وكان لا يبين من هذين البندين أن ثمة نصاً على اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى إعذار أو حكم قضائي عند تخلف الراسي عليهم المزاد عن تنفيذ التزاماتهم في المواعيد المتفق عليها، وكان ما اشتمل عليه البندان المذكوران من شروط لا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، فإن محكمة الموضوع وقد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقضي بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني كنص المادة ١٥٧ من القانون المدني لما تبين من أن الباقي من الفوائد المدعى بها قليل الشأن بالقياس إلى مقدار الثمن في جملته، لا تكون قد خالفت القانون أو أخطأت في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢١)، وبأنه "الاستبدال هو عقد تسري في شأنه القواعد العامة الواردة من القانون المدني ومن بينها ما نصت عليه المادة ١٥٧ منه من جواز طلب الفسخ عند إخلال أحد طرفيه بالتزاماته التي نشأت عنه... ولا يحول دون ذلك مجرد نقل ملكية الأرض موضوع عقد البدل للغير أو خلو هذا العقد من الشرط المانع من التصرف أو احتفاظ الطاعنين بحق الامتياز" (الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢١)، وبأنه "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخول كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح" (الطعن رقم ٧٥٤ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨)، وبأنه "من حق كل طرف في عقد تبادلي أن يطلب فسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته سواء تحقق له من الفسخ مصلحة اقتصادية أم لا" (الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٤).

وقد ذهبت محكمة النقض في بعض أحكامها بأن الإقرار شيء لا يرد عليه الفسخ فقضت بأن "لما كان الإقرار إخباراً بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله، بان ذلك العقد ينطوي على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكاً في العقار، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فإن هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون" (الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٥).

ويرد الفسخ على العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقد المدني :

وقد قضت محكمة النقض بأن "الممارسة أداة من أدوات القانون العام في الإسناد والتعاقد ويترتب عليها التزامات متبادلة على كاهل طرفيها ومن ثم يكون من حق أياً من أطرافها المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها وفقاً لما هو مقرر بأحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني، وإذ خلص قضاء محكمة الدرجة الأولى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى فسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها بعد أن استخلص من أدلة النزاع أن الطاعنة أخلت بالتزاماتها فيها، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠)، وبأنه "العقد الإداري يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه في ذلك شأن العقد المدني. وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإداري وهي تقضي بأنه يحق لجهة الإدارة في حالة عدم التنفيذ أن تصادر التأمين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها ودون أن تلتزم بإثبات أن ضرراً قد أصابها، إلا أن لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التي تم فيها الفسخ فتعفي المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة" (الطعن رقم ٥٠٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٦/٣).

وقد قضت محكمة القضاء الإداري أيضاً بأن "الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك. يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمده أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال. جهة الإدارة عليها التزامات عقدية أخصها أن يمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه. حتى يتم إنجازه. إذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدي في جانبها. من حق المتعاقد طلب فسخ العقد فضلاً عن استحقاقه للتعويض الجابر لما أصابه من أضرار" (الطعن رقم ٣٤٦٦ لسنة ٣٦ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٩)، وبأنه "المادة ٢٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات – صدور قرار جهة الإدارة بفسخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته - شرط – لمصادرة التأمين النهائي بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء - أساس ذلك – أنه امتياز لجهة الإدارة ولتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على الخاصة – صدور قرار بفسخ العقد بعد انقضاء مدته يكون باطلاً لوروده على غير محل – أثر ذلك – عدم جواز ركون جهة الإدارة إلى هذا القرار للمطالبة بمصادرة التأمين النهائي" (الطعن رقم ٤٢٦٨ لسنة ٤٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)، وبأنه "لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض – وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية. التنفيذ على الحساب هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً – هو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد وتحت مسئوليته المالية بحيث يتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ بفروق الأسعار تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً – لا يعتبر التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان سير المرافق العامة بإطراد. وإذا لجأت جهة الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ فإنه يجب أن تقف عند توقيع هذا الجزاء دون أن تجعله مصحوباً بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وتحميله بالنتائج المالية لعملية أساس ذلك تعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع نتائج التنفيذ على الحساب – جزاء فسخ العقد يترتب عليه إنهاء العقد في حين أن التنفيذ على الحساب يكون العقد قائم ومنتجاً آثاره – فلا يجوز الجمع بينهما" (الطعن رقم ٣٧٥٩ لسنة ٤٣ق جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١)، وبأنه "المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية – إذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد في حالات معينة – المشرع أوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية. الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزامه أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن – إذ حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ – اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ لم تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة أو تعاقده مع آخر من الباطن لتنفيذ العقد الإداري" (الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥).

وإذا تضمن المحرر أكثر من عقد ملزم للجانبين فلا يوجد ما يمنع من أن يطلب المتعاقد فسخ أحد تلك العقود دون العقود الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التي يتطلبها القانون :

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الأصل أن يتضمن المحرر عقداً واحداً إلا أنه لا مانع قانوناً من أن يتضمن المحرر لأكثر من عقد وفي هذه الحالة الأخيرة لا مانع من أن يطلب المؤجر فسخ أحد تلك العقود دون الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التي يتطلبها القانون ولا مجال في تلك الحالة لتطبيق حكم المادة ١/١٤٧ من التقنين المدني الحالي التي تحظر الفسخ الجزئي للعقد إلا باتفاق طرفيه أو لسبب يقره القانون" (الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

وبأنه "إذ كان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ ١٩٢٥/٥/٣٠ وتعديله المؤرخ ١٩٤٦/١٠/٢٣ وملحقه المؤرخ ١٩٤٧/١/١٨ أنه يتضمن تأجير المحلين رقمي ١، ٢ من العقار رقم ١١٢ مكرر مصر الجديدة بقصد استعمالهما مقهى وشملت العلاقة الإيجارية قطعة أرض فضاء كائنة خلف العقار المذكور تبلغ مساحتها ٤٠.١٤٢٤ متراً مربعا كما أضيف إلى الأماكن المؤجرة سطح الجراجات المملوكة للشركة المؤجرة لاستخدامها في إنشاء ماكينات داري العرض وقد حرص المتعاقدان على النص صراحة بأن الأجرة الشهرية لتلك العناصر ٣٥ جنيه دون أن ينص في العقد على إفراد مبلغ معين بذاته لكل مكان وتحديد أجرة واحدة لهذه الأماكن مجتمعة يدل على أن الاتفاق ينصرف إلى عقد واحد يتضمن عدة عقود - ولم يفطن الحكم إلى تلك الحقيقة التي تكشف عن إرادة المتعاقدين إذ يتعذر تحديد أجرة الأرض الفضاء محل النزاع وإذ لم يثبت من الأوراق اتفاق طرفي العلاقة الإيجارية على إنهاء عقد الإيجار بالنسبة للشق الخاص بالأرض الفضاء وحدها ولم تقدم الشركة المطعون ضدها الأولى السبب القانوني الذي يجيز لها هذا الطلب ومن ثم فلا يجوز لها أن تنفرد كمؤجرة دون الطرف الآخر المستأجر بطلب إنهاء عقد الإيجار في شق منه عملاً بالمادة ١/١٤٧ من التقنين المدني - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى في قضائه إلى أن العين المؤجرة موضوع الدعوى هي أرض فضاء تخضع بالنسبة لإنهاء العقد لأحكام القانون المدني ولم يفطن الحكم إلى أن تلك العين جزء من العين المؤجرة ولا تتعلق بعلاقة إيجارية مستقلة عن باقي الأماكن المؤجرة ورتب على ذلك إنهاء العلاقة الإيجارية في الشق الخاص بالأرض الفضاء من عقد الإيجار وقضى بالإخلاء والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦).

لا يرد الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد:

لا يرد الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد، كالكفالة والوديعة بغير أجر والهبة بغير عوض، لأن طرفاً واحداً فيها هو الذي يلتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه فلا يتصور طلب الفسخ من الطرف الآخر الذي لا يتحمل بأي التزام يؤدي الفسخ إلى تحلله منه، بل المتصور منه هو طلب التنفيذ العيني وليس طلب الفسخ.

الشرط الثاني: أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه: فطلب الفسخ يقصد به إرادة المتعاقد الذي لا ينفذ التزامه، ولذا يجب أن يكون مقصراً في عدم تنفيذ هذا الالتزام، سواء أكان ذلك بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه، كالمقاول الذي يمتنع عن إقامة المنشآت التي تعهد بإقامتها، أم كان ذلك بسبب ما قام به من أفعال جعلت التنفيذ مستحيلاً، كالمؤجر الذي يهدم البناء المؤجر بعد تأجيره، أو بائع المنقول الذي يتصرف فيه مادياً، بإهلاكه وتغيير طبيعته، أو قانونياً بالتصرف فيه إلى من يملكه وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول، قبل أن يسلمه إلى المشتري. وليس من اللازم أن يكون عدم التنفيذ كلياً، فحق طلب الفسخ يثبت للمتعاقد ولو كان المتعاقد الآخر قد نفذ بعض التزاماته دون البعض الآخر، وكذا يثبت حق طلب الفسخ إذا كان التنفيذ قد تم معيباً، أي على غير الصورة المشترطة والمحققة لقصد الدائن، ولكن إجابة طلب الفسخ في هذا الحال تتوقف على تقدير القاضي لأهمية الجزء الذي تم تنفيذه بالنسبة للالتزام بأكمله، أو مدى تأثير عيوب التنفيذ على الغاية من الالتزام، كما نرى في الكلام عن سلطة القاضي بالنسبة لطلب الفسخ. وعدم التنفيذ الذي يبيح طلب الحكم بفسخ العقد من القضاء، هو، كما قلنا، ذلك الذي ينطوي على تقصير من المتعاقدين الذي ينسب إليه، إذا كان امتناع هذا المتعاقد عن التنفيذ استعمالاً لحقه في الدفع بعدم التنفيذ، مثلاً لا يستطيع الآخر أن يطلب الفسخ بسبب هذا الامتناع، وإذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن استحالته بقوة قاهرة أو بسبب هذا الامتناع، وإذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن استحالته بقوة قاهرة أو بسبب لا يد للمدين فيه، فإنه يكون مقصراً، ولا يطلب الفسخ ضده، كجزاء يوقع عليه، وإن كان التزامه فقط في هذا الحال، فيفسخ العقد بحكم القانون. (الشرقاوي ٣٨٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت محكمة الموضوع قد استندت في قضائها بفسخ عقد البيع إلى أن البائع قد التزم في ذات العقد بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من الحقوق العينية والقيود واعتبرت هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية في مقصود المتعاقدين وقت التعاقد وأن عدم وفاء البائع به رغم إعذاره يسوغ فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني، فإن محكمة الموضوع تكون قد مارست سلطتها الموضوعية في تفسير العقد بما لا يخرج عن مدلوله الظاهر وفي اعتبار الالتزام المنصوص عليه في العقد سالف الذكر التزاماً جوهرياً – وهو التزام غير التزام البائع بضمان الاستحقاق – كما أنها حين رتبت على الإخلال بهذا الالتزام وامتناع البائع عن الوفاء به بعد إعذاره فسخ العقد لا تكون قد خالفت القانون" (الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)، وبأنه "لئن كان الإفلاس بمجرده لا يعتبر سبباً لفسخ عقد الإيجار، إلا أنه إذا كان المفلس هو المستأجر، ولم يكن له حق التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار فإن الإذن الذي يصدره مأمور التفليسة ليمكن وكيل الدائنين من الاستمرار في الإتجار ليس من شأنه أن يرتب انتقاص حقوق المؤجر ولا يحول دون الأخير والمطالبة بفسخ عقد الإيجار الأصلي تطبيقاً للقواعد العامة أو استناداً إلى شروط العقد، وإذ عول الحكم المطعون فيه على موافقة مأمور التفليسة على شروط وأوضاع العقد المبرم بين وكيل الدائنين وبين باقي المطعون عليهم واعتبره بهذه المثابة تصرفات قانونياً، رغم أن هذه الموافقة لا تجدي في تحديد التكييف القانوني للعقد، كما أن قرارات مأمور التفليسة ليست حجة على المؤجر في علاقته مع المفلس طالما انطوى عقد الإيجار الأصلي المبرم بينه وبين المفلس في البند السادس عشر على حظر إحلال آخر محل المستأجر أو توكيل غيره أو تأجير العين من الباطن أو نزوله عنها كلياً أو جزئياً، فإنه يكون قد خاف القانون" (الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٥)، وبأنه "إذا كان النص الوارد في عقد البيع لا يوجب الفسخ حتماً ولكن قضت المحكمة به بناء على ما تبينته من وقائع الدعوى وأدلتها المطروحة عليها من أن المشتري (مشتر أرضاً من مصلحة الأملاك) تعهد بإقامة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات من تاريخ العقد قد بدا منه في مدى ثماني السنوات التي تحدث الحكم عنها ما يدل على أنه لا يعتزم إقامة الأبنية المتفق عليها فإن ما يثيره هذا المشتري من أن تشوب الحرب بعد مضي الثماني سنوات المذكورة هو الذي حال دون قيامه بالتزامه لا يجديه مادامت المحكمة قد جزمت بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب، وهي لا معقب عليها فيما استخلصته من ذلك" (١٩٤٥/٥/٣١ مجموعة القواعد القانونية ١٤٢ – ٨٥٥)، وبأنه "إذا اشترط في عقد بيع التزام المشتري بإحضار شهادة بشطب اختصاص على العين المبيعة وإلا كان العقد لاغياً بغير تنبيه أو إنذار فقررت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية أن المشتري قد حصل على إقرار من الدائن صاحب حق الاختصاص بشطبه وأن هذا الإقرار هو الأمر الجوهري في التزامه وأن ما بقي من إجراءات الشطب قد كان ميسوراً حصوله ولم يعق إتمامه إلا تصرفات البائع الكيدية وسعيه في نقض ما تم من جهته بطرق ملتوية، فلا تكون المحكمة إذ لم تجب البائع إلى طلب الفسخ قد خالفت القانون" (١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة القواعد القانونية ١٣٨-٨٥٤)، وبأنه "إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح وكان طلب الفسخ مقاماً على الشرط الفاسخ الضمني فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد المتعاقدين فسخ العقد وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها" (١٩٤١/١٢/٤ مجموعة القواعد القانونية ١٤٠- ٨٥٤)، وبأنه "إذا كان البائع غير محق في رفع دعوى فسخ عقد البيع بعد أن أظهر المشتري تمسكه بالعقد وعرض على البائع تنفيذه عيناً في الوقت الذي كان فيه هذا التنفيذ ممكناً فإن البائع يكون ملزماً بمصروفات الدعوى وفقاً للمادة ٣٥١من قانون المرافعات" (الطعن رقم ١٠١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٤/٤)

كما قضت بأن "الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً" (الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)، وبأنه "الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد - عدم تحققه إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بالثمن بغير حق- ثبوت الحق للمشتري في حبس الثمن من البائع - أثره - لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحاً - أساس ذلك - م١٦١ مدني" (الطعن رقم ١٣٧٥ سنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/٢/٤)، وبأنه "إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدني على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في أسبابه إلى أن المطعون عليهما - المشتريين - كانا معذورين في التأخير في إعداد مشروع العقد النهائي في الميعاد المحدد لذلك، ثم قضي بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان - البائعان - المقضي ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالاً يستوجب الفسخ فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣، الطعن رقم ٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣).

الشرط الثالث: أن يكون طالب الفسخ غير مقصر بأن يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن العقد أو على الأقل أن يكون مستعداً لهذا التنفيذ:

يجب أن يكون طالب الفسخ غير مقصر بأن يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن العقد، أو على الأقل أن يكون مستعداً لتنفيذه، فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المدين الالتزام الملقى على عاتقه. ويجب أيضاً أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إذ أن الفسخ له أثر رجعي ومؤداه أن يرد كل متعاقد إلى مركزه الأصلي السابق على التعاقد، فإذا لم يكن في إمكان المتعاقد تحقيق ذلك امتنع عليه طلب الفسخ، فمثلاً لا يجوز للمشتري طلب فسخ البيع الصادر له إذا كان قد تصرف في المبيع إلى آخر لأن التزامه بضمان التعرض والاستحقاق نحو من تصرف إليه يمنعه من استرداد المبيع منه ليرده إلى البائع الأصلي الذي اشتراه منه، وبالتالي يحرمه ذلك من طلب فسخ عقد البيع الأول بينه وبين البائع الأصلي. أما إذا كان المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه يستحيل عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أي أن يرد الشيء إلى أصله، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ويلتزم هذا الأخير بالتعويض. وانطلاقاً من فكرة إنقاذ العقد من التدمير نرى ضرورة أن يقدم طالب الفسخ ما يؤكد اعتقاده بأن المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه ليس عنده استعداد لتنفيذ هذا الالتزام، فهذا الاعتقاد الذي تدل عليه ظروف الحال أيضاً على أن المتعاقد المخل لن ينفذ التزامه، أما إذا كان هذا الأخير قد أبدى استعداده لتنفيذ التزامه وبدأ في تنفيذه فعلاً فإن هذا يمنع الفسخ. ويوجد اتجاه في الفقه يرفض اشتراط قدرة طالب الفسخ على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وذلك لإمكان تمسكه بالفسخ، ويؤسس هذا الاتجاه رفضه على أن الالتزام بالرد أمر تال لإيقاع الفسخ، والمشرع قد واجه احتمال استحالة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه حيث نص على أنه يحكم حينئذٍ بتعويض، ولم يفرق المشرع بين ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى الدائن أم المدين (المادة ١٦٠ مدني)، وبالتالي فمن حيث المبدأ، لا تمنع استحالة الرد من طلب الفسخ. (حسام الأهواني بند ٨٥٨ ص٥٦٥، ٥٦٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد استناداً إلى تأخر المشتري في الوفاء بباقي الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن - المشتري - من تخلف المطعون ضدهم - البائعين - من الوفاء بالتزامهم بالتسليم، فإنه يكون معيباً" (الطعن رقم ٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

وبأنه "لا يكفي للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب التنفيذ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام" (الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)، وبأنه "الخيار المقرر للبائع في المادة ٣٣٢ من القانون المدني شرطه أن يكون البائع قد وفى بما التزم به في عقد البيع أو على الأقل أظهر استعداده للوفاء به. فإذا تحقق هذا الشرط وتأخر المشتري عن أداء الثمن كان البائع مخيراً بين طلب فسخ البيع وطلب إلزام المشتري بالثمن. أما حيث يكون البائع قد تخلف عما التزم به فإن تخلفه هذا من شأنه أن يحول بينه وبين طلب الفسخ، ذلك بأن ما جاء بالمادة ٣٣٢ من القانون المدني ليس إلا تطبيقاً محضاً لقاعدة الشرط الفاسخ الضمني التي تسري على جميع العقود التبادلية ومن المقرر في هذه القاعدة أن طلب الفسخ المؤسس على تقصير أحد العاقدين لا يكون حقاً للعاقد الآخر إلا إذا كان قد وفى بالتزامه أو أظهر استعداده للوفاء به وعلى ذلك فإذا كان الواقع الذي أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي فإن قضاءها برفض دعواه التي طلب فيها الفسخ تأسيساً على أنه قصّر في القيام بتعهده لا تكون فيه مخالفة للقانون" (١٩٤٦/٣/٢١ مجموعة القواعد القانونية ١١ -٨٥٦)، وبأنه "مادامت المحكمة قد اعتبرت أن التقصير جاء من المشتري دون البائع فلا يحق للمشتري قانوناً أن يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ" (١٩٥١/٣/٨ مجموعة القواعد القانونية – ٨٥٧).

ويشترط للقضاء بالفسخ القضائي عدة شروط: أولى هذه الشروط إعذار المدين:

يجب إعذار المدين (الطرف المخل بتنفيذ التزامه) قبل طلب الفسخ كما تصرح بذلك المادة ١/١٥٧ مدني إذ تقرر "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يعرف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذاره للمدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى". فالفسخ جزاء الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي، وهو أخطر جزاء، ولهذا يجب إعذار المدين قبل طلب هذا الجزاء، وذلك لوضعه موضع المقصر أو المتأخر في تنفيذ التزامه، إذ الإعذار هو الذي يثبت تقصير المدين في الوفاء بالتزامه. ويجرى الإعذار في المواد المدنية بتكليف المدين بالوفاء بالتزامه بموجب إنذار على يد محضر، بالتالي لا يكفي لتوافر الإعذار أن يطلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه شفاهة أو بموجب خطاب بالبريد ولو كان مسجلاً، بل يجب طلب ذلك من خلال إنذار الدائن للمدين على يد محضر أو ما يقوم مقام الإنذار. كذلك لا يكفي لتوافر الإعذار أن يتضمن الإنذار مجرد التهديد بفسخ العقد دون طلب التكليف بالوفاء، فيجب لتوافر الإعذار أن يطلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه أي دعوته إلى الوفاء بالتزامه وتسجيل التأخير في تنفيذه. ولا يشترط القانون فوق ما سبق تهديد الدائن للمدين بفسخ العقد إذا لم يف الأخير بالتزامه، فالفسخ جزاء يقرره القانون ولا يشترط تنبيه المدين إليه. فالإعذار تكليف بوفاء وليس تهديد بجزاء. ويراعى أن الإعذار ليس شرطاً من شروط قبول دعوى الفسخ، فلا يلزم توجيهه للمدين قبل رفع الدعوى، فمجرد رفع الدعوى بالفسخ متضمنة تكليف المدين بالوفاء بالتزامه يعتبر إعذاراً، إلا أن إعذار الدائن للمدين قبل رفع الدعوى تظهر أهميته في أنه يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ وأقرب إلى الحكم بالتعويض على المدين زيادة على الحكم بالفسخ. والإعذار لا يكون واجباً قبل المطالبة بالفسخ في الأحوال التي يجيز القانون فيها اعتبار المدين مقصراً دون حاجة إلى إعذار، كما لو صرح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو الامتناع عن عمل شيء وأتاه المدين "المادة ٢٠٠ مدني". (السنهوري بند ٢٩٦ – حسام الأهواني بند ٥٨٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإعذار هو وضع المدين وضع المتأخر في تنفيذ التزامه، وقد بينت المادة ٢١٩ من القانون المدني الإجراءات التي يتم بها الإعذار فنصت على أن "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات". فالأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه. ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليهما قبل رفع الدعوى بطلب أيهما وإذ كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين في السند لإثبات امتناعه عن الدفع وقد نصت المادة ١٧٤ من قانون التجارة على أن يعمل هذا البروتستو على حسب الأصول المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضرين كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون أن تشتمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمي على المدين بدفع قيمة السند، فإن البروتستو يعتبر إعذاراً للمدين بالمعنى الذي يتطلبه القانون في الإعذار" (الطعنان رقما ٥٢٣، ٥٢٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)، وبأنه "النص في عقد البيع على حق المشتري في التنازل عنه للغير وحصول هذا التنازل بالفعل لا يحرم البائع من استعمال حقه في طلب فسخ ذلك العقد عند قيام موجبه ولا يلزم بتوجيه الإعذار إلا إلى المشتري منه أما المتنازل إليه فليس طرفاً في العقد المطلوب فسخه ومن ثم فلا ضرورة لإعذاره" (الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)، وبأنه "لا يعتبر عقد البيع في ظل القانون المدني القديم والجديد على السواء - مفسوخاً إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني بمجرد تخلف البائع أو المشتري عن القيام بالتزامه بل يتعين لكي تقضي المحكمة بإجابة من يطلب الفسخ إلى طلبه أن يكون قد نبه على الطرف الآخر بالوفاء حى صدور الحكم النهائي فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع قانوناً جواز الحكم بالفسخ" (الطعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١)، وبأنه "النص في المادة ١/١٥٧ من القانون المدني من أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد إنما يفيد وجوب حصول هذا الإعذار - كشرط لإيقاع الفسخ القضائي - وذلك بقصد وضع المدين قانوناً في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه على أن يكون هذا الإعذار بورقة رسمية من أوراق المحضرين وإذ كان من المقرر أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً إلا أن شرط ذلك أن تشتمل صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه" (الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "وإن كان يتعين لكي تقضي المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمني أن ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه. فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكي يصح الحكم بالفسخ - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق" (الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)، وبأنه "الفسخ - ماهيته - الأصل إيقاعه بحكم القاضي - لازمة - إعذار المدين بوضعه قانوناً موضع المتأخر في تنفيذ التزامه - لا محل للإعذار متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه - المادتان ١٥٧، ٢٢٠ مدني" (الطعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٦)، وبأنه "لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٤/٥)

وبأنه إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، والأصل في هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام" (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥).

وثاني هذه الشروط: أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه: يشترط أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه أي إعادته إلى أصله من ناحيته هو. لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً من الطرف الآخر وقام بنقله بعد ذلك إلى شخص آخر، فإنه لا يستطيع أن يسترد هذا الشيء من المتصرف إليه لأنه ضامن له والضمان والاسترداد لا يجتمعان، وبالتالي لا يستطيع أن يرد هذا الشيء الذي أخذه ومن ثم فهو لا يجوز له طلب الفسخ - بل هو يطلب فقد التنفيذ العيني أو التعويض. (سمير السيد تناغو ص ١٨٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وتسليمه أرض المطعون ضدهم خالية كأثر من آثار الفسخ وذلك تأسيساً على أن البناء أقيم على هذه الأرض وأرض أخرى ضمت إليها وبلغت مساحتها جميعها ١٠٢٩ م٢ لا يتجاوز أرض المطعون ضدهم منها نسبة ٦٠٪ فقط وأنه لا يتصور تسليم أي جزء من الأرض خالية إلا إذا هدم العقار بأكمله وفي ذلك ضياع للمال وإهداره. وإذ لم يعن الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته إذ من شأنه لو تحقق أن يغير وجه الرأي في قضائه بالإزالة والتسليم فإن الحكم يكون معيباً بالقصور" (الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)، وبأنه "إن المشرع وإن كان قد أجاز للمشتري- طبقاً للمادة ٤٤٣ من القانون المدني - الرجوع على البائع له - في حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها "كل هذا ما لم يكن رجوعه المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله". ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التي نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدني وهي أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه" (الطعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥).

وثالث هذه الشروط: أن يرفع الدائن طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى: ولأن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم من القاضي، وحكم القاضي يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً عنه. وذلك بخلاف الفسخ الاتفاقي أو الانفساخ القانوني، فإن الأول يتم باتفاق بين المتعاقدين. أما الثاني فيقع بقوة القانون، وإذا أثير أي نزاع بشأنهما أمام القضاء، فإن حكم القاضي يكون كاشفاً لفسخ وليس منشئاً له كما هو الشأن في الفسخ القضائي. (سمير تناغو ص١٩١)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الواقع في الدعوى أن الطاعن أقام دعواه للحكم بإلزام المطعون ضده برد ما تسلمه من تحت حساب الأعمال التي كلفه بها وتعويضه عن الأضرار التي نجمت عن إخلاله بالتزاماته. وكان طلب الرد يتضمن حتماً طلب الفسخ للتلازم بينهما" (الطعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٦)، وبأنه "إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل على المحال له مع الدعاوى التي تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها تكفل للمشتري أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به" (الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

وبأنه الشرط الفاسخ مفترض دائماً في كل عقد تبادلي فالإفصاح عنه في العقد لا يعد خروجاً على أحكام القانون بل هو توكيد لها. وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انفساخ العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلبه" (الطعن رقم ٤١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٣)، وبأنه "إذا كان المشتري قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن وببراءة ذمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفي جسيم في المبيع فإنه يكون قد طلب ضمناً فسخ العقد، وإذ كان مقتضى إجابته إلى هذا الطلب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد فيسترد المشتري ما عجله من الثمن وتبرأ ذمته من الباقي عليه منه على أن يكون للبائع استرداد المبيع فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى للمشتري بطلباته لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه أو لصدور حكم به وفقاً لنص المادة ١١٧ من القانون المدني القديم ولا يشفع لأحد المتعاقدين في الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب هي في نظره مبررة للفسخ وبالتالي فلا جدوى له من النعي على الحكم بعدم الرد على دفاعه المستند إلى هذا الأساس" (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٤)، وبأنه "إذا لم ينص في عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم في حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن، فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة إلا إذا أصدر به حكم من القضاء" (الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٢/٨)، وبأنه "إذا كانت أجرة الطحن قد تحددت في التعاقد بمبلغ معين لطحن الإردب من الغلال فإن الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ولا يجوز للمؤجر أن يتخذ ذريعة لفسخ العقد بإرادته أن وزارة التموين قررت زيادة الأجر أو أن ظروفاً طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً له"

للدائن الحق في العدول عن طلب الفسخ :

يجوز للدائن، بعد رفعه دعوى الفسخ، أن يعدل عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم النهائي به إلى طلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض، فمثلاً للبائع الذي لم يستوف ثمن المبيع ورفع ضد المشتري دعوى بفسخ البيع يجوز له أن يعدل طلبه إلى طلب التنفيذ إذا رأى أن له مصلحة في ذلك إذا كان مدينه موسراً، ولكنه البائع يطلب غالباً الفسخ إذا وجده معسراً. وللدائن إذا كان قد رفع الدعوى بالتنفيذ في أول الأمر أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ ما لم يكن قد نزل عن أحد هذين الطلبين ، ولكن ومجرد رفع الدعوى بأي طلب منهما لا يعتبر نزولاً عن الطلب الآخر. لكن لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ، فلا يجوز طلب الفسخ مع إلزام المدين بدفع الأقساط المستحقة عليه والتي لم يسددها، وإنما يكون للدائن أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر جراء الفسخ. (السنهوري ص٢٨٣ – حسام الأهواني ص٥٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخير البائع في التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو طلب فسخ البيع من التضمينات في الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر فإن هذا الذي قررته المحكمة هو صحيح في القانون" (١٩٥٢/١٢/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ٢٥ – ٨٥٢).

التنازل عن الفسخ :

يجوز للدائن التنازل عن حقه في طلب الفسخ وقد يكون هذا التنازل صراحة أو ضمناً وذلك وفقاً للقواعد العامة طالما أن للدائن الحق قانوناً في طلب الفسخ إذا لم ينفذ المدين التزامه فله من باب أولى التنازل عن هذا الحق.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مطالبة المؤجر بالأجرة أو قبوله لها لا يعتبر بذاته تنازلاً منه عن طلب الفسخ أو عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ" (الطعن رقم ٣٨٢٩ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠١/١/٣)، وبأنه لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري التزامه بوفاء باقي الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً، كأن يقبل إقرار المشتري بسداد الثمن أو الباقي منه، أو يقبل فعلاً هذا السداد" (الطعن رقم ٣٧٢٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١)، وبأنه "إذا كان البين من الأوراق أن البند السابع من عقد إيجار عين النزاع يجري على أن "المستأجر غير مأذون بأن يحدث أحداثاً بالمحل مثل هدم أو بناء أو تغيير تفاصيل أو تقسيم الأولاد أو فتح شبابيك وأبواب بدون إذن كتابي من المالك وإن أجرى شيئاً من ذلك فيكون ملزماً بترجيع المحلات لحالتها الأصلية ويدفع قيمة المصاريف والأضرار والمالك يكون له الحق أن ينتفع بالتحسينات والإصلاحات الناشئة عن تلك الإحداثات أو بجانب منها بدون ملزومية عليه بدفع قيمتها أو بدفع مبلغ عنها مهما كان" وكان ظاهر هذا البند يفيد أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تحديد الجزاء على مخالفته بإعادة الحال إلى أصلها بمصروفات على عاتق المستأجر أو الإبقاء على هذه التعديلات أو بعضها دون تحميل المؤجر نفقاتها وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد عمد إلى تطبيق المادة ٢٣/ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ التي تجيز للمؤجر طلب فسخ العقد وإخلاء المكان المؤجر إذا استعمله المستأجر بطريقة تنافي شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المالك، وقضي بالإخلاء تأسيساً على أن الطاعن "المستأجر" أخل بالتزامه المنصوص عليه في البند السابع من عقد الإيجار بأن أجرى تغييراً في العين المؤجرة دون أن يبين في الأسباب مبررات عدوله عن المدلول الظاهر للعقد من عدم توقيع الجزاء بالفسخ في هذه الحالة رغم أن للمؤجر عند التعاقد أن ينزل عن التمسك بالرخصة التي خولها له المشرع في كل أو بعض المواضع التي تجيز له طلب فسخ العقد والإخلاء مما عددته تلك المادة" (الطعن رقم ١٤٧٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٤)، وبأنه "إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه - برفض دعوى البائع بطلب الفسخ أنه قد استخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمناً عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقي الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن مجادلة الطاعن في ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً فيما يستقل به قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)، وبأنه "استنباط الأدلة من الوقائع الثابتة مما يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض، متى كان استخلاصها سائغاً. وإذ كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم إقرار الطاعن بتعهده بعدم التأخير في سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه، كلها أمور واقعية ليست لها دلالة قانونية معينة قبلهم فلا تصلح بذاتها لإثبات تنازلهم عن حقهم في طلب فسخ العقد وكانت محكمة الموضوع قد خلصت إلى ما جاء في الحكم المطعون فيه من أنه "ليس في الأوراق ما يفيد أن المستأنفين - المطعون ضدهم - سبق أن تنازلوا عن حقهم في طلب الفسخ وهو استخلاص سائغ ومقبول، أخذت به واطمأن إليه وجدانها، كما أنه كاف لحمل قضائها، وفيه الرد الضمني على كل ما أثاره الطاعن، فإن النعي على الحكم بالقصور في التسبيب يكون في غير محله" (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢١)، وبأنه "لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري التزامه بوفاء باقي الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥).

ما يشترط في السكوت لاعتباره تنازلاً ضمنياً :

يشترط لاعتبار السكوت عن طلبه تنازلاً ضمنياً عنه أن يتخذ صاحب الحق رغم سكوته عن طلبه موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على قصد النزول" (الطعن رقم ٦٩١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ اعتبر الحكم المطعون فيه أن الفسخ مطلوب ضمناً في طلب الإخلاء فإنه لا يكون قد خالف القانون للتلازم بين طلب الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزامه بالوفاء بالأجرة" (الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "إذا كانت الهيئة الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب طرد المطعون ضدها من الأرض الفضاء انتفاعها وتسليمها خالية، وهو ما يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم فسخ العقد بينهما تأسيساً على قيامهما ببناء مبان خرسانية عليها بما يغير من معالمها ويتنافى مع طبيعة العين، وما أجرى من أجله ويضر بالطاعنة، فإن الحكم المطعون فيه - الذي أيد الحكم الابتدائي لأسبابه - إذا رفض الدعوى على سند من خلو الأوراق من ثمة تعليمات تحظر على المطعون ضدها البناء - وهو ما لا يواجه دفاع الطاعنة ولا يصلح رداً عليه، باعتبار أنه ما لم يتفق العاقدان على ما يخالف القواعد العامة آنفة البيان، فإنها تكون ملزمة لهم ويتعين على القاضي إعمالها. الأمر الذي يعيب الحكم بالقصور في التسبيب الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٤٦٢٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦)، وبأنه "إذا كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلباً بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعداً أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوي على قضاء ضمني بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٣).

وللمدين الحق في تفادي الحكم بالفسخ:

يستطيع المدين قبل أن يصدر حكم نهائي بالفسخ أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه. فمن المستقر عليه أن للمدين الحق في توقي الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد بالعقد، بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ حتى صدور الحكم النهائي فيها. وبالتطبيق لذلك يكون للقاضي أن يرفض إجابة البائع طالب الفسخ إلى طلبه إذا قام المشتري بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً وذلك أمام محكمة ثاني درجة "الاستئناف". ولا يبقى أمام القاضي تقدير ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، ومما يساعده في هذا التقدير إعذار الدائن للمدين قبل رفع الدعوى. (أحمد شرف الدين بند ٢١٢ - حسام الأهواني حيث ذهب إلى أنه يستوي حسن أو سوء نية المدين بند ٥٩١)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان يبين من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى على أساس الشرط الفاسخ الضمني، وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وباقي أوراق الدعوى أن الطاعنين قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بجلسة ... وقبوله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروض وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة بفسخ العقد على سند من أن الفسخ وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئاً للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه يكون معيباً" (الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩)

وبأنه لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخاً معيناً لتنفيذ التزام كل من الطرفين ولم يرد به أن العقد ينفسخ من تلقاء نف سه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة في العقد مما ينبني عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التي بني عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو برفضه وكان يبين من الأوراق أن المشتري قد قام بعرض الثمن على البائع عرضاً حقيقياً ثم أودعه له في خزينة المحكمة قبل الحكم وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد أقام قضاءه على أن المشتري تأخر عن الوفاء في الميعاد المحدد، مع أن عدم اشتمال العقد على الشرط الصريح الفاسخ من شأنه أن يكون للمشتري دفع الثمن ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ ويكون هذا الوفاء مانعاً من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع لأسباب مسوغة أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به البائع، لما كان ذلك فإن الحكم إذ لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتباره وفاء المشتري الثمن قبل الحكم مانعاً من الفسخ يكون مشوباً بقصور جوهري يستوجب نقضه" (١٩٥٣/٥/١٤ مجموعة القواعد القانونية - ١١٦ - ٨٥٢)، وبأنه "لما كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوي شرطاً صريحاً فاسخاً فللدائن أن يستعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى وهذا الحق يرجع للمشتري حتماً في حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن.. لأن النقض يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد. لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده قد أودع باقي الثمن بمحضري الإيداع المؤرخين ١٩٧٧/٥/٢٨ و١٩٧٧/٦/٧ ولم تقل الطاعنات أن هذا الإيداع ناقص فإن تمسكهن بخطأ الحكم المطعون فيه حين عول في قضائه على محضر الإيداع التكميلي المؤرخ ١٩٧٧/٦/٧ دون أن يعلن أو تعلم به الطاعنات لا يحقق لهن سوى مصلحة نظرية بحتة ويكون هذا النعي غير منتج ولا جدوى منه" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير مدى الجد في الطلب الذي يقدمه الخصوم بغية إعادة الدعوى إلى المرافعة هو من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المحكمة قد مكنت الخصوم من إبداء دفاعهم وراعت القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي، ولما كان البين من الأوراق أن محكمة الاستئناف قررت بالجلسة الأولى حجز الدعوى للحكم ورخصت لمن يشاء من الطرفين تقديم مذكرات خلال أجل معين قام الطاعن خلاله بعرض الأقساط المتأخرة على المطعون ضده قانوناً فقبلها، وقدم الطاعن طلباً لإعادة الدعوى للمرافعة تمسك فيه بانقضاء التزامه بالوفاء وأرافق به محضر العرض والتسليم، وإلا أن المحكمة لم تعرض لهذا الطلب أو الدفاع الثابت به ثم قضت بتأييد حكم أول درجة بفسخ العقد، فإنها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن في إبداء دفاعه على ضوء ما تم من الوفاء بالأقساط المتأخرة قبل الحكم في الدعوى، كما يعد إخلالاً بحق الدفاع وخروجاً على القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي فضلاً عن القصور في التسبيب" (الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "فسخ العقد يخضع لتقدير قاضي الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، ولئن كان الوفاء بالالتزام في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص في القانون - ولا يوجد هذا النص في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من القانون المدني - كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل - تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذي يجوز للقاضي أن يمنحه للمدين وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني قد ورد على سبيل الاستثناء من الحق في طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف

وأن منح الأجل في ذاته لا يتضمن إعمال الشرط الفاسخ في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائماً ويظل الوفاء والالتزام ممكنا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي ولا يتعين على قاضي الموضوع أن يحكم بالفسخ في هذه الحالة" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)، وبأنه "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمني، وكان الفسخ المبنى على هذا الشرط من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يخول المدين الحق في أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً أمام محكمة الاستئناف وهو ما يقوم مانعاً من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن وكان الحكم المطعون فيه والذي أيد الحكم الابتدائي بفسخ العقد - ثم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقي من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائياً مانعاً من الفسخ، وكان ما قرره من إسناد المماطلة والإعنات إلى الطاعن لا يعد بياناً للضرر في هذا الخصوص، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه فيما قضى به من فسخ العقد" (الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)، وبأنه "إذ كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوي شرطاً صريحاً فاسخاً فللدائن أن يستعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى وهذا الحق يرجع للمشتري حتماً في حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن، لأن النقض يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧).

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن "للمشتري توقي الفسخ - سبيله - الوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده - شرطه - ألا يكون الوفاء اللاحق مما يضار به البائع" (الطعن رقم ٢٩٦٦ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢٤)، وبأنه تمسك الطاعن بتوقيه الحكم بالفسخ بإيداعه باقي الثمن خزينة المحكمة ليصرف دون قيد أو شرط للمطعون ضده الذي لم يقبل عرضه - القضاء برفض هذا الدفع تأسيساً على أن هذا العرض والإيداع لا يقدح في ثبوت تحقق الشرط الفاسخ - خطأ" (الطعن رقم ٢٩٦٦ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢٤)، وبأنه "من المقرر أن للمشتري أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده" (الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمشتري أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده ما لم يكن هذا الوفاء اللاحق مما يضار به البائع" (الطعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩)، وبأنه "الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يخول المدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)، وبأنه "لما كان الطاعنون قد طلبوا فسخ العقد إعمالاً لحقهم المقرر بمقتضى نص المادة ١٥٧ من القانون المدني فإنه يتعين لإجابة طلب الفسخ في هذه الحالة أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)، وبأنه "من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)

وبأنه من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في دعوى التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام ولما كان ما تقول به الطاعنات من عدم رد الحكم على ما تمسكن به من أن ضرراً قد أصابهن من جراء تأخير المدين عن تنفيذ التزامه محله دعوى التعويض وليس دعوى الفسخ التي أقمنها فلا يعتبر إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع غير الجوهري قصوراً مبطلاً له" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)، وبأنه "متى كان عقد الصلح لم يتضمن شرطاً فاسخاً صريحاً يقضي بفسخ العقد عند التأخير في الوفاء بالمبلغ المتفق عليه فإن هذا التأخير لا يترتب عليه حتماً ففسخ العقد بل يكون أمر الفسخ في هذه الحالة خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى وذلك سواء كان الدائن قد أعذره بالوفاء أو لم يعذره" (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)، وبأنه "يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام"

الوفاء يحقق أثره في توقي الفسخ ولو كان المدين قد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لم يتقاضى الأجرة فحلفها :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الثابت بالأوراق أن اليمين التي حلفها المطعون ضده أمام محكمة أول درجة كانت بالصيغة الآتية "أحلف بالله العظيم بأنني لم أتقاضى أجرة من المدعي عليها عن الشقة بالدور الأول فوق الأرضي بالعقار المملوك لي عن الفترة من أول يناير سنة ١٩٨٢ حتى أول أغسطس سنة ١٩٨٥" وهي يمين وإن قطع حلفها بعدم وفاء الطاعنة بأجرة العين مثار النزاع عن المدة المبينة فيها، إلا أنها لا تؤدي حتماً إلى القضاء بالإخلاء، إذ يظل للطاعنة رغم ثبوت عدم وفائها بالأجرة على الوجه المتقدم أن تتوقى حكم الإخلاء إذا ما بادرت إلى الوفاء بما استحق عليها منها وبكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية حتى إقفال باب المرافعة في الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فإن الحكم الابتدائي الذي قضى بالإخلاء لهذا السبب يكون جائزاً استئنافه طالما تغيت الطاعنة أن تتدارك أمام محكمة الاستئناف ما فاتها من محكمة الدرجة الأولى، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف رغم تمسك الطاعنة في صحيفته بحقها في توقي الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات، ودون أن يمحص ما قدمته تأييداً لهذا الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأي في جواز الاستئناف فإنه فضلاً عن مخالفته للقانون وخطئه في تطبيقه، يكون قد عاره قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

سلطة القاضي في دعوى الفسخ:

إن رفع الدعوى بالفسخ ليس معناه أن يحكم القاضي بالفسخ حتمياً، إذ الأمر يرجع إلى سلطته التقديرية. فقد يحكم القاضي بفسخ العقد إذا رأى أن الظروف تبرر له ذلك كما لو كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه. وقد يحكم القاضي بناء على طلب الدائن، إلى جانب فسخ العقد بإلزام المدين بالتعويض عما لحق الدائن من ضرر من جراء الفسخ الذي يرجع إلى عدم تنفيذ المدين لالتزاماته. ويراعى أن أساس التعويض في هذه الحالة المسئولية التقصيرية، إذ أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد، الأمر الذي يترتب عليه أن تقدير التعويض يتم طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية. وقد لا يحكم القاضي بأي تعويض بل يقتصر على الحكم بالفسخ فقط، إلا أن هذا الفرض نادر الوقوع عملاً، إذ أن إخلال المدين بتنفيذ التزامه في الموعد المتفق عليه في العقد غالباً يؤدي إلى إلحاق الضرر بالدائن.

وقد يرفض القاضي بالحكم بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك كما لو كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. إلا أنه في هذه الحالة يجب مراعاة أن التنفيذ غير كامل، وهو ما يترتب عليه أن المدين يجب أن يتحمل بجزاء آخر غير الفسخ الذي رفض القاضي الحكم به، هذا الجزاء الآخر هو التعويض والذي يحكم به القاضي في حالة التنفيذ الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ وذلك لتعويض الدائن عما أصابه من ضرر من جراء ذلك، وأساس التعويض في هذه الحالة المسئولية العقدية. وقد يمنح القاضي مهلة للمدين للوفاء بالتزامه إذا تبين له أن عدم التنفيذ يرجع إلى عذر مقبول وأن الدائن لم يصبه إلا ضرر يسير من جراء عدم التنفيذ "المادة ٢/١٥٧ مدني"، أو أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن نشأ عن خطئه وليس عن خطأ المدين. وللقاضي سلطة تقديرية في أن يمنح المدين المهلة أو الأجل أو أن يرفض ذلك بغير معقب عليه. ولا يمنع القاضي من إمهال المدين أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع دعوى الفسخ. وإذا منح القاضي المهلة أو الأجل للمدين، فإنه لا يجوز الحكم بالفسخ في خلال هذه المدة، وإذا أوفى المدين في خلال هذه المدة فإن هذا الوفاء يكون مانعاً من الحكم بالفسخ. أما إذا انقضت هذه المدة دون الوفاء بالالتزام فلا يجوز للقاضي منح المدين مهلة أخرى أو أجل آخر، وهذا بعكس الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ حيث يجوز له منح أجل آخر إذا لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم "المادة ٢/٣٤٦ مدني". ولكن انقضاء المهلة أو الأجل دون وفاء المدين بالتزامه لا يوجب الحكم بالفسخ، لعدم وجود نص على الوجوب في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ مدني، وبالتالي فإن منح الأجل في ذاته لا يتضمن شرطاً فاسخاً في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون وفاء، فالعقد رغم ذلك يبقى قائماً ويستطيع المدين الوفاء بالالتزام حتى بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي بالفسخ" (حسام الأهواني بند ٥٩٣ وما بعده - شرف الدين بند ٢١٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان لمحكمة الموضوع عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني - سلطة الحكم برفض الدعوى بفسخ عقد البيع للتأخير في سداد باقي الثمن وملحقاته على سند من أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته. إلا أن ذلك مشروط بأن يكون حكمها مبنياً على أسباب واضحة جلية تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى بما له سند من الأوراق والبينات المقدمة لها، وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذي يتطلبه القانون، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق على المشتري وملحقاته إن وجدت، وما سدده منه، وما بقي في ذمته ونسبته إلى الالتزام في جملته توصلاً لإجراء تقدير واع حصيف لمدى أهمية ذلك الباقي بالنسبة إلى الالتزام في جملته وفقاً لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة، وبيان الدليل الذي أقامت عليه قضاءها في كل ذلك من واقع مستندات الدعوى على نحو مفصل، وأن تفصل في كل نزاع بين الخصوم حول تلك الأمور بحكم يحسم كل خصومة بينهم على كلمة سواء وقول محكم حتى يمكن مراقبة صحة تطبيقه للقانون في هذا الشأن. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في تسبيب قضائه برفض طلب الفسخ القضائي على ما أورده من أن "المحكمة لا تجيبه - المستأنف - (الطاعن) إلى طلب الفسخ لأن الباقي من الثمن قليل جداً بالنسبة إلى المدفوع ومن ثم يصبح مجرد دين عادي مضمون بالضمانات الأخرى المنصوص عليها في القانون...." دون أن يبين جملة المستحق على المطعون ضده (المشتري) من الثمن وملحقاته وما سدده منه، وما بقي في ذمته، ونسبته إلى الالتزام في جملته، والدليل على ذلك كله من مستندات الدعوى. مما يشوبه بالقصور الذي يُعجز هذه المحكمة عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن" (الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

وبأنه "تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة فإذا كانت المحكمة أقامت الواقعة التي استخلصتها على ما يقيمها، فإنها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني المسقط لكل حجة تخالفها" (الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧)، وبأنه "إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدني هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الرخص التي أطلق فيها الشارع لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشتري نظرة الميسرة أو برفض هذا الطلب، مما لا يقبل معه النعي على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التي أوردها الحكم المستأنف وعول في قضائه بالمهلة" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)، وبأنه "تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة" (الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "لما كان الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى إلا أن هذا الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقاً للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها - فالتنفيذ المعيب يعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي - وأن يكون مما لا يضار به الدائن، ومحكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك إلى أسباب سائغة" (الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)، وبأنه "شرط الفسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام - خضوع هذا الشرط لتقدير القاضي - له إمهال المدين وللأخير أن يتفادى الفسخ بتنفيذه الالتزام قبل صدور الحكم النهائي" (الطعن رقم ٤٠٤٩ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/٤)، وبأنه "تقدير كفاية أسباب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه - من أمور الواقع - استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى" (الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٣/٦)، وبأنه "إذ كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلباً بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعداً أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوي على قضاء ضمني بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون"

للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك:

وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك وهذا خلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (السنهوري بند ٤٧٧). ولكن محكمة النقض وإن أجازت أن يصرح القاضي في قضائه بالمهلة باعتبار العقد مفسوخاً بفواتها، إلا أنه إذا لم يصرح بذلك لم يكن قضاؤه بالمهلة منطوياً على الفسخ.

ويرى البعض العمل في شأن المهلة التي يمنحها القاضي للمدين في دعوى الفسخ بالقيود التي أوردتها المادة ٣٤٦ في شأن المهلة التي يجوز للقاضي منحها للمدين في دعوى التنفيذ وهي ألا يكون هناك نص يمنع منحها، ولا يجوز منحها إلا في حالات استثنائية إذا استدعت حالة المدين ذلك وألا يلحق الدائن من جرائها ضرر جسيم (مصطفى الجارحي ص١٠٥). ويذهب الرأي السائد إلى أن القاضي يجوز له أن يمنح المهلة للمدين ولو لم يطلب الأخير ذلك (قارن مصطفى الجارحي ص١٠٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، ولئن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص في القانون، ولا يوجد هذا النص في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدني كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدني قديم - تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى في طلب الفسخ، ولا ينطوي منح الأجل في ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وإنما يبقى العقد قائماً. والوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء ولا يتعين عليه أن يحكم بالفسخ، ويجوز أن يحكم برفضه إذا هو تبين أن الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن" (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦)، وبأنه "لما كان القانون لا يوجب على القاضي في نصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - فإن الحكم لا يكون مخطئاً إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقي من الثمن في ظرف معين وإلا اعتبر التعاقد مفسوخاً من تلقاء نفسه" (١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد القانونية - ١٢٤ - ٨٥٢)، وبأنه "لما كان إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدني هو من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فإنه لا يقبل النعي على الحكم لقصور أسباب عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها رفض منح الطاعن أجلاً للوفاء بما هو متأخر في ذمته من الثمن" (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام" (الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢).

الحكم بالفسخ مع إلزام المدين بالتعويض:

للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه، ويقضي بفسخ العقد، مع إلزام المدين بالتعويض دائماً، إن كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته، في حالة الفسخ، أساساً للإلزام بالتعويض، إذ هو ينعدم انعدام يستند أثره بفعل الفسخ. وإنما يكون مصدر الإلزام، في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره.

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بني عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهي الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدي مادام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها" (الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى التعويض - عن فسخ عقد العمل - على توافر مبرر إنهاء العقد لدى الشركة المطعون عليها، فذلك حسبه ولا يكون عليه بعد ذلك أن يتقصى وقوع ضرر للطاعن أو أن يلتفت لما ساقه من أسانيد لإثبات هذا الضرر" (الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧١/٤/١٤)، وبأنه الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد، فإنه يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني - خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وإن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، إذ لا ينطوي منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضي الموضوع التقديرية، فيظل العقد قائماً، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء، فيقضي بالفسخ أو برفضه" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)، وبأنه "من المقرر أن الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول للمدين الحق أن يتوقى الفخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي" (الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩، الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦، الطعن رقم ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢ س٣٥ ص١٣٩٠)، وبأنه "ويلاحظ الحالات التي يقضي فيها القانون بحرمان المدين من توقي الفسخ كالشأن في قانون إيجار الأماكن حين يقضي بفسخ الإجارة بسبب الإيجار من الباطن أو التنازل من المستأجر ولو أزال المستأجر المخالفة قبل صدور الحكم" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧).

التمييز بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي :

فقد قضت محكمة النقض بأن "قاعدة الفسخ الوارد بنص المادة ١٥٧ مدني غير آمرة تسري على العقود الملزمة للجانبين- ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكامه وتخرج عن نطاق تطبيق قوانين الإيجارات الاستثنائية - ومقتضاها وجوب الالتجاء للقضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد جزاء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته وقد منح القانون المدني في المادة ١٥٨ منه للمتعاقدين حرية الاتفاق على وقوع الفسخ بقوة الاتفاق بمجرد تحقيق الإخلال دون حاجة للجوء للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ، وبالتالي وحتى تنصرف إرادة المتعاقدين إلى وقوع الفسخ بقوة الاتفاق فإنه يتعين أن تكون عبارات الشرط واضحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الموجه إليه" (الطعن رقم ١٩٥٢ لسنة ٥٤ق جلسة١٩٨٥/١٠/٣٠)

وبأنه شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يختلفان طبيعة وحكماً، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته في العقد صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، وهو لذلك يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ، أما الشرط الضمني فلا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ" (الطعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)، وبأنه "شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً فالشرط الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (قديم) يوجب الفسخ حتماً فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء. بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني، ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منها أسباباً لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني طبيعة وحكماً. وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه" (١٩٤٦/٥/٢ مجموعة القواعد القانونية ١١٣- ٨٥٠).

ويجوز التمسك بفسخ العقد طبقاً للشرط الفاسخ الصريح في صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه :

وقد قضت محكمة النقض بأن "طلب المطعون ضدها الأولى رفض الدعوى تأسيساً على أن عقد التنازل الصادر منها إلى الطاعن قد انفسخ إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر منها - بوصفها مدعى عليها - طلباً عارضاً بل هو دفع موضوعي يدخل في نطاق المفاضلة في الدعوى، لأن فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذي يترتب عليه الفسخ، ولا يقتضي رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به، ويكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري" (الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

الشرط الفاسخ الصريح ودرجاته:

إذا لم يرتب المتعاقدان، بموجب شرط في العقد، على عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، فسخه من تلقاء نفسه، فإن الأصل، كما سلف البيان، أن الفسخ لا يكون إلا بحكم القاضي وذلك استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني. غير أنه يجوز أن يتفق المتعاقدان، بموجب شرط في العقد، على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وقد أجازت المادة ١٥٨ مدني مثل هذا الاتفاق إذ نصت على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه

وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". ويعتبر إدراج هذا الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين من أكثر الشروط شيوعاً، إذ أنه يغني الدائن عن الالتجاء للقضاء وضياع وقت كبير في إجراءات بطيئة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الشرط يطمئن الدائن على وقوع الفسخ تلقائياً دون أن تكون للقاضي أية سلطة تقديرية في إعماله إذا توافرت شروطه، أما بالنسبة للمدين فإن وجود هذا الشرط في العقد يقطع الطريق أمام المدين المخل بتنفيذ التزامه، في أن يعرض تنفيذاً متأخراً، إذ أن هذا العرض لا يجدي مع وجود الشرط الفاسخ ويجد الشرط الفاسخ الصريح أساسه الفلسفي في مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد. ولا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح، ولكن يجب أن يكون مضمون الصياغة واضحاً، الذي يتمثل في فسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزام، وعلى ذلك فالنص في العقد على ترتيب آثار الفسخ، بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار، بمجرد المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه صراحة. ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به محكمة الموضوع. ويتفاوت أثر الشرط الفاسخ الصريح أو قوته حسب طريقة صياغته، فقد ينص في العقد على أن يعتبر مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وهذا أضعف آثار الشرط، وقد تزيد قوة أثره بأن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وقد تصل قوة أثر الشرط إلى ذروتها إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار أو دون حاجة إلى إعذار. (حمدي عبد الرحمن ص٦١٤ وما بعدها- حسام الأهواني بند ٥٩٩ – شرف الدين بند ٢١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، كما وأن الشرط الفاسخ لا يعتبر صريحاً في حكم المادة ١٥٨ من القانون المدني إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة لحكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام. وكان النص في البند الثالث من عقد البيع موضوع التداعي على أنه "إذا تأخر الطرف الثاني – الطاعنة – عن سداد القسط المستحق أو جزء منه في موعده المحدد يخطر في موعد غايته شهر من تاريخ الـأخير فإن تخلف عن السداد بعد إخطاره استحقت جميع الأقساط دفعة واحدة ويكون للشركة البائعة في هذه الحالة الحق في أحد أمرين: (١) اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء قانوني أو قضائي آخر. (٢) مطالبة الطرف الثاني بباقي الأقساط التي تأخر في سدادها مع حساب فائدة تأخير قدرها ١٤٪ ..." فإن صيغة الشرط على النحو آنف البيان لا تفيد اتفاق الطرفين على انفساخ العقد حتماً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع قسط أو جزء منه على نحو ما نصت عليه المادة ١٥٨ من القانون المدني، ولا تعدو أن تكون ترديداً لحق البائع في الشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين" (الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٤/٢٧)، وبأنه "أنه وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه مجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعنان رقما ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ق و ١٢٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٠)

وبأنه لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلى اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق على أنه في حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذي تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أي منازعة وبلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به فإن تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ - هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون" (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)، وبأنه جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا لم ينص في عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم في حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة إلا إذا صدر به حكم من القضاء" (الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٥/١١)، وبأنه لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)، وبأنه "لما كان عقد الإيجار ينص في بنده الرابع على أنه "إذا تأخر الطرف الثاني في سداد الإيجار في موعده يصبح هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ إجراءات ويحق للطرف الأول رفع دعوى أمام القضاء المستعجل بفسخ عقد الإيجار وطرد المستأجر إذ تعتبر يده في هذه الحالة يد غاصب" فإنه يكون قد تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً يسلب القاضي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً إلا التحقق من حصول المخالفة التي بني عليها" (الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)، وبأنه "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه. وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه "إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغياً" فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقضي بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في المبيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته فإنها لا تكون قد خالفت القانون" (الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/١/٩)، وبأنه "يلزم في الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه" (الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "النص في العقد على أنه إذا تأخر الطرف الثاني في دفع القيمة الإيجارية يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثاني للعين بلا سند قانوني وبغير حاجة إلى تنبيه بالسداد لا تؤدي إلى فسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه فور تراخي المستأجر في الوفاء بالأجرة في مواعيدها، إذ جاءت قاصرة على مجرد منح المؤجر حق فسخ العقد وهو ذات الحق المقرر له في القانون في العقود الملزمة للجانبين، أي أنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني، ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند قانوني إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ اتفاقاً أو قضاء فلا تنصرف لأحدهما دون الآخر، كما أن تقرير حق المؤجر في الفسخ دون تنبيه ليس إلا مجرد إعفاء من الإعذار دون إعفاء من اللجوء إلى القضاء في طلب الفسخ بحكم منشئ له، وهو أمر بدوره جائز في حالتي الفسخ الاتفاقي أو القضائي" (الطعن رقم ١٩٥٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين للقول بتوافر الشرط الفاسخ الصريح أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه لمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٥/١١)، وبأنه "القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح، والنص في العقد على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إخطار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد، يقوم مقام النص على الشرط بلفظه. ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به" (الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧)، وبأنه لما كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً عند تحققه ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام" (الطعن رقم ٤٩٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة سلطة تقدير أسباب الفسخ يلزم أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٢٦٤٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٨).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "متى انتهى الحكم إلى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، في حين أن الثابت أن العقد لم يتضمن النص على الفسخ بإرادة الدائن، وإنما نص فقط في البند الثاني على حلول الأقساط المتفق عليها عند التخلف عن دفع إحداها في موعده مع استحقاق فائدة بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ التخلف حتى السداد ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على شرط الفاسخ الضمني المفترض في العقود الملزمة للجانبين. ولما كان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً وكان الشرط الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين كما أن للمدين أن يتفادى الفسخ إذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائي فإن الحكم المطعون فيه، إذا استند في قضائه باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إلى ما ورد بالبند الثاني من العقد، يكون قد خالف الثابت بالأوراق ومسخ اتفاق الطرفين، مما يعيبه ويستوجب نقضه" (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦)، وبأنه "يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه" (١٩٥٥/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية - ١٢٩ - ٨٥٣)، وبأنه "النص في عقد الصلح على أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء بقسط من أقساط الدين حلت باقي الأقساط فوراً دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار رسمي أو غير رسمي فضلاً عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه في التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع أحد الأقساط وإنما كل ما يفيده هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند التأخر في دفع قسط منها. أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن في هذه الحالة فليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين" (الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

وبأنه مما لا يفيد الشرط الفاسخ الصريح النص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة ديون مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد فإن البائع يلتزم بتعويض مدني كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع... فهو شرط ضمني فاسخ" (١٩٣٦/٤/٢ مجموعة القواعد القانونية – ١١٨ – ٨٥١)، وبأنه "في حالة تأخر سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقاً مكتسباً للبائع المذكور" (١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد القانونية – ١١٩ – ٨٥١).

اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين في تحقق الشرط:

إذا نازع المدين الدائن في تحقق الشرط الفاسخ الصريح مدعياً أنه قام بالوفاء، فلا مناص من لجوء الدائن إلى القضاء بطلب الحكم بفسخ العقد. إذ يتعين لإعمال الشرط أن يتمسك به صاحب الشأن فلا يجوز للمحكمة إعماله أو إعمال آثاره من تلقاء نفسها. (الصدة ص٤٠٤ – حلمي بدوي ص٤٨٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بإعماله باعتبار أن الفسخ قد شرع في هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها" (الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)، وبأنه "أن المطعون ضده إذ ذهب في عريضة استئنافه إلى تعديل طلباته السالفة في الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقثد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٧٣/١/٢٤ إلى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلباً جديداً يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضي ومن تلقاء نفسها بعدم قبوله

لا يشترط لانطباق الفسخ الاتفاقي توافر ذات شروط الفسخ القضائي:

لا يشترط لقيام حق الدائن في الفسخ بالنسبة للفسخ الاتفاقي ذات الشروط المنصوص عليها في الفسخ القضائي وذلك لاختلاف أحكام الفسخ الاتفاقي عنه في الفسخ القضائي كما أن مجال إعمال المادة (١٥٧) من القانون المدني هو الشرط الفاسخ الضمني أما في حالة الفسخ الاتفاقي فالقاضي ليس له خيار بين الفسخ والتنفيذ عكس الفسخ القضائي. (أنظر عكس ذلك الشرقاوي ومحمد كمال عبد العزيز)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد إلي ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لأن مجال إعمالها هو في حالة الشرط الفاسخ الضمني أما في حالة الفسخ الاتفاق فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ" (طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١).

عدم اعتبار مجرد طلب البائع رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداد باقي الثمن تنازلا عن طلب الفسخ :

فقد قضت محكمة النقض بأن "حق البائع في طلب الفسخ. سقوطه بالتنازل صراحة أو ضمنا. مجرد طلبه رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداده بقية الثمن. عدم اعتباره في حد ذاته تنازلا عن طلب الفسخ أو إبداء منه لرغبته في تثبيت العقد" (الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨)، وبأنه ولئن كان للبائع أن يسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمنا إلا أن مجرد طلبه رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداده بقية الثم لا يعد في حد ذاته تنازلا عن طلب الفسخ أو إبداء منه لرغبته في تثبيت العقد وليس هذا نزولا صريحا عن التنازل، ولا من قبيل الموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته علي قصد النزول" (الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨)، وبأنه "اعتبار الحكم المطعون فيه مجرد طلب الطاعن رفض دعوى المطعون ضده بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداد بقية الثمن تنازلا منه عن طلب الفسخ مرتبا علي ذلك رفض دعواه الفرعية. فساد في الاستدلال"

تحول الفسخ الاتفاقي للفسخ القضائي :

إذا عجز مدعى الفسخ الاتفاقي إثبات الفسخ الاتفاقي وكان يرجع ذلك لضياع العقد المنصوص عليه بالفسخ أو الغموض النصي علي الفسخ الاتفاقي فمن حق مدعى الفسخ هنا إثبات الفسخ بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ومنها شهادة الشهود أو أي مستند آخر يثبت إدعائه وهنا يتحول إثبات الفسخ الاتفاقي للفسخ القضائي.

ولا يجوز لدائن المطالبة بالفسخ إذا كان العقد معلقا علي شرط لم يحن ميعاده بعد:

لا يجوز للدائن المطالبة بالفسخ إذا كان العقد معلقا علي شرط لم يحن ميعاده بعد فإذا كان العقد معلقا علي شرط واقف فيجب علي الدائن الالتزام بفترة التعليق وبالتالي لا يجوز له خلال فترة التعليق اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيار أولا حتى المطالبة بفسخ العقد وقد أخذت محكمة النقض رأينا هذا فقضت بحكم حديث لها بأن "من المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أن دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها علي محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا، اعتبارا بأن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون المدني. وإذ كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشروطة، فيكون الالتزام في فترة التعليق موجودا، وإن كان وجوده ليس مؤكدا، فإنه لا يجوز للدائن خلال هذه الفترة اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيار طالما لم يتحقق الشرط. وإذ كانت المحكمة قد انتهت-علي ما سلف-بأن الاتفاق محل التداعي معلق علي شرط واقف وهو تمام بيع العقار، وكان الحكم الصادر ببيع المنزل بالمزاد العلني لم ينفذ بعد، ولم يتفق الطرفان علي البيع، فإن الدعوى بطلب صحته ونفاذه تكون قد رفعت قبل الأوان. وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضي بصحة ونفاذ هذا الاتفاق فإنه يكون معيبا مما يوجب نقضه جزئيا في هذا الخصوص" (الطعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ق "الدائرة المدنية" جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٦).

التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح :

الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز للدائن التنازل عنه وهذا التنازل كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا والتنازل الضمني يستخلصه القاضي من وقائع الدعوى دون تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض طالما جاء قضاؤه مبنيا علي أسباب سائغة. وكل ما يفوضه القانون علي قاضي الموضوع في هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول الصحة إلا إذا ثبت له تواجد علي نحو يقيني قاطع، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده، وذلك إعمالا للقاعدة الأساسية التي تقضي بأن النزول عن الحكم لا يفترض ولا يتوسع في تسفير ما يؤدي إليه، فلا يثبت التنازل الضمني بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه. فإذا اتفق علي الشرط الفاسخ الصريح في العقد عند التأخير في سداد باقي الثمن في تاريخ معين، ثم قبل الدائن الوفاء بعد انقضاء هذا التاريخ، أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح فإنه يكون متنازلا عن الشرط . (عبد الفتاح عبد الباقي ص٦٣٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائي وفاء الطاعن لباقي الثمن في ١٩٩٠/١/١٣ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها في طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم الابتدائي للمطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل علي سند من أن قيام الطاعن بسداد باقي الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهي إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعي فإنه يكون قد خالف القانون في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٧/٥)

وبأنه المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله ذلك أن للقاضي-عند التحقق من قيامه-مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمنا وجب عليه أن يتجاوز عن هذا الشرط. لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك بمذكرته المقدمة بجلسة ١٩٩٤/١٠/٢٦ أمام محكمة الموضوع بأن الهيئة المطعون ضدها تنازلت ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ بطلبها في الإنذارين المعلنين له في ١٩٩٣/١/٢١، ١٩٩٣/٧/٧ وفي المحضر ١٤٣٩ لسنة ١٩٩٣ إداري المناخ إعادة الحال إلي ما كان عليه دون التمسك بالشرط الفاسخ الصريح فإنها بذلك اختارت تنفيذ العقد دون فسخه، وقد طلب ندب خبير لتحديد قيمة أقساط ثمن الوحدة السكنية محل النزاع لتوقي الفسخ، وكان الحكم المطعون فيه الذي أيد الحكم الابتدائي قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد دون أن يعرض للظروف أو الاعتبارات التي ساقها الطاعن الفاسخ الوارد بالعقد دون أن يعرض للظروف أو الاعتبارات التي ساقها الطاعن علي النحو المتقدم للتدليل علي نزول الهيئة-المطعون ضدها-عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح رغم أنه دفاع جوهري-قد يتغير به وجه الر أي في الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسبيب بما يوجب نقضه" (الطعن رقم ٢٣٧٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته إن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط بعد ذلك لا يكون مقبولا، ولا يبقي له-عند التأخير في سداد ما تبقي من أقساط الثمن-سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، وفي هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشتري متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى" (الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)، وبأنه "دفاع الطاعن بأن المطعون عليها لا تتمسك بفسخ العقد وإنما تبغي تنفيذه بموافقتها له علي زيادة فترة التقسيط-قضاء الحكم المطعون عليه بالفسخ علي قاله تحقق الشرط الفاسخ دون الرد علي دفاعه هذا قصور" (الطعن رقم ٤٩٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠)، وبأنه "الاتفاق علي الشرط الصريح الفاسخ في عقد البيع عند التأخير في الوفاء بباقي الثمن-قبول البائع للوفاء المتأخر-اعتباره تنازلا منه عن أعمال هذا الشرط-تمسكه بالشرط من بعد-غير مقبول-اقتصار حقه عن التمسك بالفسخ القضائي" (الطعن رقم ٥٥٨٦ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول عن الحق المسقط له كما يكون بالقول يكون بأي عمل أو إجراء دال بذاته علي ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك" (الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)، وبأنه "إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن أعماله وتحقيق الشرط الموجب لسريانه فإن كان الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد سقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فلا يكون له عند تأخير السداد في المستقبل إلا المطالبة بالفسخ القضائي" (الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٩)

وبأنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن أعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد باقي الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع اسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد باقي الثمن في موعده بقبول السداد بعد هذا الموعد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا" (الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٦/٣)، وبأنه "متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع أملاك الميري، فإن مجادلة الطاعنة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمني، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع في تقدير حصول الفسخ من عدمه، وكان المطعون عليه (المشتري) قد أوفي بالتزاماته قبل الفصل نهائيا في الدعوى، فإن النعي علي الحكم بالفساد في الاستدلال ومخالفة القانون والقصور في التسبيب، يكون علي غير أساس"

وإذا قبل الدائن بعد صدور الحكم لصالحه وفاء المدين له أعد هذا القبول تنازلا عن الفسخ الاتفاقي :

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث إن هذا النعي غير مقبول ذلك أن المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهي إلي رفض طلب الفسخ الاتفاقي علي سند مما استظهره من تنازل الطاعن عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ لقبوله السداد بعد رفع الدعوى وهي دعامة صحيحة كافية لحمل قضائه، ولم تتضمن صحيفة الطعن نعيا عليها. ومن ثم فإن النعي علي الحكم المطعون فيه فيما أورده من أن الإعذار السابق علي رفع الدعوى بسداد الأقساط المتأخرة يعد تنازلا عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ-أيا كان وجه الرأي فيه-يكون غير منتج" (الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)، وبأنه "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائي وفاء الطاعن لباقي الثمن في ١٩٩٠/١/١٣ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها في طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم الابتدائي المطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل علي سند من أن قيام الطاعن بسداد باقي الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهي إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعي فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)، وبأنه "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضده عن الشرط الصريح الفاسخ مستندين في ذلك إلي قبوله سداد الأقساط بعد ميعاد استحقاقها ودللوا علي ذلك بإقرار المطعون ضده في مذكرته المقدمة في ١٩٩٣/٥/٢٧ باستلامه قيمة الشيك المؤرخ ١٩٩١/٦/٣٠ وبما ثبت بمحاضر جلسات ١٩٩٢/١١/٢٢، ١٩٩٣/٤/٧، ١٩٩٣/١/٢٠ في القضايا أرقام ٨٢٦١ لسنة ١٩٩١ جنح المحلة، ٢٥٥٧ لسنة ١٩٩٢ جنح مستأنف المحلة، ٨٩٤٢ لسنة ١٩٩٢ جنح المحلة من تسلم المطعون ضده لقيمة الشيكات الثلاثة استحقاق ٨/١٣/، ٩/٣٠ علي الترتيب والتعاقب إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع علي سند من القول أن "المحكمة تستخلص من المستندات التي قدمها المستأنفون-الطاعنون-وهي صور محاضر الجنح سالفة الإشارة إليها أن المستأنف ضده-لم يتنازل عن الشرط الصريح الفاسخ

ودليل ذلك أنه استلم قيمة الشيكات أمام محكمة جنح مع تمسكه بالدعاوى المدنية في هذا الشأن فضلا عن أن سداد قيمة هذه الشيكات أمام محكمة الجنح كانت معاصرة لتداول الدعوى المستأنف حكمها ولم يبد المستأنف ضده-المطعون ضده-أي مظهر من مظاهر هذا التنازل أمام محكمة أول درجة مصدرة الحكم المستأنف ومن ثم فإن المحكمة تستخلص مما تقدم أن المستأنف ضده لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ" في حين أن الثابت من الأوراق أن تاريخ سداد قيمة الشيكات المتبقية للمطعون ضده كان لاحقا علي تاريخ صدور الحكم المستأنف وأن تمسك المطعون ضده أمام المحكمة الجنائية بالدعاوى الجنائية دون دعوى الفسخ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيبا بمخالفة الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال الذي ساقه إلي الخطأ في تطبيق القانون" (طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠).

والشرط مقرر لمصلحة الدائن، فيكون له أن يختار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ :

فالشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ وإلا أصبح تحت رحمة المدين فإن شاء امتنع عن التنفيذ فيصبح العقد مفسوخا، فالفسخ لا يقع إلا إذا تمسك به الدائن (السنهوري ص٩٩٢-إسماعيل غانم ص٣٣٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلي تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقي له في اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره علي طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه. وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل علي ذلك إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ علي التأخر في دفعها" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٠ ص٨٥٣ جلسة ١٩٤٥/١/١٨).

والشرط الفاسخ ينتج أثره بمجرد توافر شروطه دون الحاجة لإقامة دعوى:

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع علي أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلي تنبيه رسمي أو غير رسمي فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدني ولا يلزم إذن أن يصدر حكم بالفسخ مستقل بناء علي دعوى من البائع بل يجوز للمحكمة أن تقرر بأنه حصل بالفعل بناء علي دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٢٨ ص٨٥٢ جلسة ١٩٤٣/٥/١٣)، وبأنه "جرى قضاء هذه المحكمة علي أن الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه بالحكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط، دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ. وإذ كان عقد الإيجار الأصلي قد تضمن في بنده السادس أنه "إذا تأخر المستأجر عن سداد أي قسط في موعده، تستحق باقي الأقساط فورا، ويصبح العقد مفسوخا بقوة القانون وبدون حاجة إلي تنبيه أو إنذار، ويحق للمؤجر أن يتسلم العين المؤجرة دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ وكان الثابت أن المطعون ضده الأول-المستأجر الأصلي-لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة منذ وقع الحريق بالعين المؤجرة... فإن الشرط المنصوص عليه في البند السادس من العقد يكون قد تحقق، ويكون عقد الإيجار الأصلي قد انفسخ دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ

وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه إذ قضي علي الشركة الطاعنة-المؤجرة للمطعون ضده الأول في الدعوى الأصلية بتمكينه من العين المؤجرة وقضي عليها للمطعون ضده الثاني-المستأجر من الباطن-بالتعويض في الدعوى الفرعية، قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعون أرقام ٦٠١، ٦١٣، ٦١٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٢).

وقصر الفسخ الاتفاقي علي بعض الالتزامات لا يجعله يمتد إلي غيرها ولا يحرم الدائن من الحق في التمسك بالفسخ القضائي بالنسبة إلي غيرها كما يجوز الاتفاق علي حرمان الطرفين أو أحدهما من التمسك بالفسخ:

فقد قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان عقد البيع مذكورا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيا ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل أن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباقي له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذي هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانونا. ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكورا فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي المتأخر مضمونا بما له من امتياز علي العقار المبيع" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٦ ص٨٥٤ جلسة ١٩٣٥/٥/٢-محمد كمال عبد العزيز ص٥٦٠ الجزء الأول).

ويجب علي المحكمة أن تفصح عما إذا كانت قد أسست قضاءها علي الفسخ القضائي أم الفسخ الاتفاقي:

فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا دفع بسقوط الحق في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ ولم يرد الحكم علي ذلك إلا بمجرد الإشارة إلي طلب الفسخ مطلقا دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمني فهذا يكون قصورا في التسبيب يعيب الحكم ويوجب نقضه" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٤ ص٨٥٣ جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٧).

الحالات التي يمتنع فيها الفسخ :

يشترط للقضاء بالفسخ أن يكون المدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه بغير حق أما إذا كان التخلف بسبب من قبل الدائن لاستعمال المدين حقه في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ فلا يجوز للدائن بسبب حالة من هذه الحالات المطالبة بالفسخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت من مذكرة الطاعنة المقدمة لمحكمة أول درجة أن مما تتمسك به من أوجه دفاع في الدعوى الفرعية التي إقامتها عليه المطعون عليها الأولي بطلب فسخ عقد البيع-الذي طلب القضاء بصحته ونفاذه في الدعوى الأصلية-أن البائعة لم تشترط في ملحق العقد الذي اتفق فيه علي الشرط الصريح الفاسخ أن يكون الوفاء بباقي الثمن في موطنها فكان لزاما عليها أن تسعي إليه في موطنه لتطالبه به في موعد استحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذ خلت الأوراق مما يفيد إنها انتقلت إليه في موطنه لتطالبه بدفع باقي الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضي برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فإنه كان لزاما عليها أن تفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم الابتدائي لبحثه اكتفاء بما قبله من أوجه دفاع أخرى مادام لم يثبت نزول الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه، وهي إذ لم تفعل رغم كونه دفاعا جوهريا فقد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الحكم في الدعوى فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور" (الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢١)

وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، أما إذا كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلي المشتري فإنه إذا وجدت أسباب جدية يخشي معها أن لا يقوم البائع بتنفيذ التزامه يكون من حق المشتري أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه باتخاذ كل ما يلزم لنقل الملكية، وذلك عملا بالمادتين ٢٤٦، ٤٢٨ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢)، وبأنه "الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلي المشتري، فإذا وجدت أسباب جدية يخشي معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشتري أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه، ولما كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس باقي الثمن نظرا ن المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع إليه إذ امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين أو تسليم هذا العقد إليه الأمر الذي يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصرف فيه ملاكه الأصليين أو المطعون ضده إلي الغير بعقد مسجل" (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠).

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن "من المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أنه وإن كان الاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد كما أنه له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله فإن تبين له أن الدائن اسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم التنفيذ في حالة توافر شروطه وجب أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي. ولا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الاستئناف أن الطاعن تمسك فيها بنزول الشركة المطعون ضدها عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا إلي قرار مجلس إدارتها بتأجيل الوفاء بالقسط الأول وتراخيها في دفع دعوى الفسخ وقبوله الوفاء بالأقساط اللاحقة، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد في العقد دون أن يعرض لهذا الدفاع وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور" (الطعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧)، وبأنه "من المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإذا كان للمشتري الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، وجب علي المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي ولا يبقي للبائع سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة أول درجة بوجود عجز في مساحة أرض التداعي، وقدمت كشف تحديد مساحي تدليلا علي دفاعها، وهو في حقيقته دفع بعدم التنفيذ، ومن ثم فإن هذا الدفاع يعتبر مطروحا علي محكمة الاستئناف ترتيبا علي الأثر الناقل للاستئناف، وإذ لم يثبت أنها تنازلت عنه صراحة أو ضمنا، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علي تحقق الشرط الفاسخ الصريح وأغفل الرد علي هذا الدفاع الذي لو صح لتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب علي القاضي التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، ولا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠)، وبأنه "الاتفاق علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط الثمن في الميعاد-مناطه-تحقق المحكمة من توافر شروطه وموجب أعماله-مؤدي ذلك-التزامها بالتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله-تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو قيام حقه في الدفع بعدم التنفيذ-أثره-عدم جواز إعمال شرط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ٢٣٠٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧)، وبأنه "المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب علي القاضي التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي ولا يبقي للدائن سوى الفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ١٦١٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزءا عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه ولا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان للمشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب علي المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ٢٥٣٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٣/٣٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن كان للمشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب علي المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٤/٩).

حجية الحكم الصادر بالفسخ :

إذا أقام الدائن دعوى الفسخ على سبب من أسباب العقد وقضت المحكمة برفض دعوى الفسخ فلا يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي إلا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى وبالتالي يجوز للدائن إقامة الدعوى مرة أخرى لإحدى أسباب الفسخ الأخرى، ويعتبر الحكم الصادر بالفسخ حكماً منشئاً وليس مقرراً له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت الدعوى قد أقيمت بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى تأسيساً على تخلف المطعون ضده عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن وقضى نهائياً برفضها في الاستئناف الذي بت في أمر الباقي من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فإن هذا القضاء يحوز قوة الأمر المقضي في شأن طلب الطاعنات الفسخ لتخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في هذه المسألة بالدعوى الراهنة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على الحكم المطعون فيه أن يتقيد في قضائه بين الخصوم أنفسهم في شأن تلك المسألة التي قضي فيها الحكم الأول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين وكونها في الدعوى الماثلة صحة التعاقد ونفاذه وفي الأول فسخ العقد" (الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)، وبأنه "قضاء الحكم بأحقية المطعون ضدها في استعادة شقة النزاع من الطاعن وطرده منها واقتضاء مقابل انتفاعه بها لا يتناقض مع حجية الحكم السابق بفسخ ذلك العقد لاختلافه عن الدعوى المطروحة المتضمنة طلب المطعون ضدها طرد الطاعن وإلزامه بأداء مقابل الانتفاع عن استغلال ذات الشقة موضوعاً وسبباً" (الطعن رقم ١٠٠٨٠ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/١/١٧)، وبأنه عدم قيام الطاعنة – وزارة الأوقاف- بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضي بفسخه حتى تم استبدالها سنة ١٩٦٢، يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ، وبالتالي فإنه لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يجب إفراغه في الشكل الذي تطلبه القانون المدني في المادة ١٠٠٠ منه" (الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

وبأنه دعوى فسخ العقد لسبب من أسباب الفسخ تقتصر فيها وظيفة المحكمة على بحث هذا السبب وحده، وقضاؤها برفض الدعوى لا يتعدى ذلك إلى القضاء ضمناً بصحة العقد وبالتالي لا يمنع من التمسك بسبب آخر من أسباب الفسخ سواء في صورة دفع أو برفع دعوى فسخ جديدة، إذ لا يحوز الحكم النهائي برفض الفسخ قوة الأمر المقضي إلا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم" (الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)، وبأنه "إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له" (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣).

دعاوي براءة الذمة لعدم دستورية نص تشريعي

(١) براءة الذمة لعدم دستورية نص المادة ٨٣ من قانون الضريبة على الدفعة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ :

إن الدستور أعلى شأن الضريبة العامة وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها وبوجه خاص من زاوية جذبها لعوامل الإنتاج،أو طردها أو تقييد تدفقها،وما يتصل بها من مظاهر الانكماش أو الانتعاش،وتأثيرها بالتالي على فرص الاستثمار والادخار والعمل وتكلفة النقل وحجم الإنفاق،وكان الدستور-نزولا على هذه الحقائق واعترافا بها-قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية فنص على أن أولهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون،وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي يبينها القانون،ولازم ذلك أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة،إذ تتولي بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها،متضمنا تحديد نطاقها وعلى الأخص من خلال تحديد وعائها وأسس تقديره،وبيان مبلغها والملتزمين أصلا بأدائها والمسؤلين عنها وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدها،وكيفية أدائها وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة،عدا الإعفاء منها إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون.

لا يجوز فرض ضريبة على رءوس أموال المكلفين بها،مما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير لتخرج بتمامها أو في كثير من أجزائها من يد أصحابها مما يفقد الضريبة وظيفتها الأساسية بوصفها " إسهاما منطقيا " من الملتزمين بأدائها في تحمل نصيبهم من الأعباء العامة لتغطية تكلفتها،والأدق أن يقال أن ضريبة على هذا النحو عدوان على رءوس الأموال ينال من قيمتها، ويحول دون تراكمها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض ومن ثم كان للضريبة مجال طبيعي يتصل بتطبيقاتها في الأعم من الأحوال وذلك من خلال ربطها بصور الإيراد التي يقدر المشرع ملاءمة إخضاعها للضريبة ليكون الدخل بذلك محورا ناجما عن استثمار رءوس الأموال في ألوان من التعامل جائزة قانونا،وهو ما يعنى أن الدخل-وباعتباره إيرادا متجددا-يمثل من الضريبة مجالها الأكثر فاعلية،سواء كان هذا الإيراد ناجما عن قيم منقولة أم عن المهن التجارية أم عن الثروة العقارية أم كان مرتبا أم ربحا صافيا محققا من غير ذلك من المصادر ومن ثم كان الدخل وعاء أساسيا للضريبة متطلبا فيها كشرط مبدئي لموضوعيتها وعدالتها،ولما كانت الضريبة المنصوص عليها في المادة٨٣ من قانون ضريبة الذمة رقم١١١لسنة١٩٨٠ تلحق بغرض الاستثمار أمذح الأضرار كما أنها تعوق الادخار الذي اعتبره الدستور واجبا قوميا.

فإذا تعنت الجهة الإدارية وطلبت نفذه الضريبة فيجوز لصاحب المصلحة أن يدفع بعدم دستورية هذه المادة بموجب الدعوي رقم٩لسنة١٧ق في دستورية جلسة١٩٦٦/٩/٧)

كما أنه يجوز لمن خلصت فيه هذه الضريبة بعد إلغاء المادة٨٣ سالفة الذكر أن يرفع دعوى استرداد المبلغ المدفوع الذمة لعدم دستورية نص المادة٨٣ من قانون الدفعة رقم١١١لسنة١٩٨٠ ويجوز له استرداد ما دفعه.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن"وحيث إن المادة ٨٣المطعون عليها،وإن ألغتها المادة الأولي من القانون رقم١١٥لسنة١٩٩٥اعتبارا من تاريخ العمل بها في أول يناير ١٩٩٦،إلا أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها-وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة-لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال قترة نفاذها-ومن بينهم المدعية-وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحة الشخصية المباشرة

ذلك أن الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها،فإذا ألغيت هذه القاعدة،وحلت محلها قاعدة قانونية أخري،فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها،ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها،وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من هاتين القاعدتين،فما نشأ مكتملا في ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها.وحيث أن من المقرر-وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة-انه لا يجوز الخلط بين الملتزم أصلا بالضريبة،وبين من اعتبره المشرع مسئولا عن توريدها،بل يتعين التمييز بينهما،فلا يكون الشخص ملزما أصلا بها،إلا إذا توافرت بالنسبة إلية الواقعة التي أنشأتها،والتي يتمثل عنصراها في المال المحمل بعبئها-والمتخذ وعاء لها-ثم وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين، ليكون اجتماعها معا مظهرا للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية،ولا يكون الشخص مسئولا عن الضريبة إلا إذا كان وفاؤه بها تابعا للالتزام الأصلي بأدائها،ليبقي بوجوده ويزول بانقضائه وشرط ذلك أن تكون علاقة المسئول عن الضريبة في شأن المال المتخذ وعاء لها-وهو العنصر الموضوعي في الضريبة-منتفية.وحيث أنه إذ كان ما تقدم، وكانت الضريبة التي فرضتها المادة٨٣ المطعون عليها على الأوراق المالية والحصص والأنصبة التي حددتها،لا يتحمل بها أصلا إلا أصحابها الذين يملكونها على ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة٨٦من قانون هذه الضريبة-إلا أن الفقرة الثانية من المادة٨٦ذاتها،تقيم إلى جانبهم مسئولين عنها يلتزمون-في الوعد المحدد بها-بتوريدها إلى مصلحة الضرائب ضمانا لتحصيلها،وتوقيا للتحايل عليها أو التخلص منها،وتأمينا لانتظام جبايتها وسرعتها،والتقليل من تكلفتها،متى كان ذلك،وكانت الشركات والهيئات التي صدرت عنها الأوراق المالية والحصص والأنصبة محل الضريبة،هي التي اعتبرتها الفقرة الثانية من المادة٨٦ من قانونها،مسئولة عن توريدها إلى الخزانة العامة.وكانت مسئوليتها هذه تدور وجودا وعدما مع وجود الضريبة ذاتها أو زوالها،فإن مصلحتها في الطعن عليها بمقولة مجاوزتها الحدود التي رسمها الدستور للضريبة العامة وأن عبئها يظل واقعا في ميزانيتها،مقتطعا جانبا من مواردها،حائلا دون استثمارها في وقت ملائم،ولو أمكنها بعد دفعها من الرجوع بها واقتضائها من الملتزمين أصلا بها،تكون قائمة.وحيث أن المادة٨٣ المطعون عليها-بعد تعديلها-تنص على ما يأتي:

"تستحق ضريبة سنوية على السندات أيا كانت جهة إصدارها وجميع الأسهم والحصص والأنصبة الصادرة من الشركات المصرية سواء أكنت مساهمة أو توصية بالأسهم أو ذات مسئولية محدودة،وسواء مثلت تلك الأسهم والحصص والأنصبة والسندات في صكوك أو لم تمثل،وسواء سلمت الصكوك إلى أصحابها أو لم تسلم،وذلك على النحو التالي:

(أ) نسبية : ثمانية في الألف من متوسط السعر خلال الستة أشهر السابقة على تاريخ استحقاق الضريبة،وذلك بالنسبة للأوراق المالية المقيدة والمتداولة بالبورصة.

(ب)نسبية : اثنا عشر في الألف من القيمة الإسمية للأوراق غير المقيدة في البورصة أو المقيدة بها،التي بشأنها في البورصة من القلة بحيث لا يمثل متوسط أسعارها القيمة الحقيقية لها.

(ج) نسبية : اثنا عشر في الألف من قيمة رأس التأسيس غير المقيدة في البورصة أو المقيدة بها،التي تري مصلحة الضرائب أن العمليات التي تمت بشأنها في البورصة من القلة بحيث لا يمثل متوسط أسعارها القيمة الحقيقية لها.وتخفض الضريبة إلى النصف خلال السنتين الأوليين من تاريخ تأسيس الشركة.

وحيث أن المادة ٨٥من قانون ضريبة الدمغة تنص كذلك على أن تسري الضريبة من تاريخ مزاولة الشركة عملها،أو من تاريخ صدور القرار المرخص في تأسيسها،أو من تاريخ نشر المحرر الذي أسست بمقتضاه أي هذه التواريخ أسبق.

وحيث أن المذكرة الإيضاحية التي صاغها مشروع هذه الضريبة تدل على انصرافها إلى الأوراق المالية الصادرة عن شركات المساهمة،ما كان منها تابعا للقطاع العام أو الخاص،وكذلك إلى ما يصدر عنها من أسهم خلال السنة لمقابلة الزيادة في رأس مالها،ولو لم تمثل أسهمها في صكوك تدل عليها،وتعتبر سندا مثبتا لملكيتها،بل ولو لم يجر لأصحابها،فضلا عن أن ما نص عليه المشروع من استحقاق الضريبة من تاريخ مزاولة الشركة نشاطها،أو اعتبارا من تاريخ تأسيسها أيهما أسبق،مؤداه أنها تستحق قبل أن تولد الشركة"قانونا"ف يكون القول بضرورة تمثيل الأسهم في صكوك تم تسليمها لأصحابها،إلا لغوا.

وحيث أن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والخمسين المعقودة في ١٩٩٥/٣/١٣والتى ناقش مجلس الشعب فيها مشروع إلغاء نص المادة ٨٣التى كان قد فرض بها ضريبة الدمغة النسبية على الأوراق المالية،أن الضرائب بوجه عام ينبغي ألا تكون مجرد الجباية هدفها،بل يتعين ألا تعوق الاستثمار وأن تكون حافزا للإدخار كافلة للعدالة الاجتماعية،فلا تكون عبئا غير مقبول.ولا تخالطها عشوائية تفقدها مبرراتها،وأن إلغاءها-وعلى رأسها ضريبة الدمغة النسبية على رأس المال-كان مطلبا ثابتا للجنة الخطة والموازنة بمجلس الشعب لاسيما وقد اعتبر المشرع الشركة أو الهيئة التي صدرت عنها الأوراق المالية،مسئولة عن توريد هذه الضريبة رغم التزام أصحابها أصلا بها ودون ما اعتداء بما إذا كان نشاطها قد حقق ربحا أم آل إلى خسارتها،وقد أقر رئيس الجمهورية وجهة النظر التي تدعو لإلغائها .وقرر وزير المالية في بيانه أمام المجلس أنها تفرض على رأس المال المصدر-لا المدفوع-وأنها تحصل في بداية كل سنة من المسئولين عن توريدها ،سواء بدأ العمل في شركاتهم أو لم يبدأ،وأيا كان ناتج نشاطها.وحين سئل عن كيفية تعويض حصيلتها إذا ما تقرر إلغاؤها أفاد بأن فرص الاستثمار ودعمها وتشجيعها هي التي تكفل التعويض المرجو،بالنظر إلى العمالة الأكبر التي توفرها،والقاعدة الإنتاجية الأعرض التي تقيمها والتي ينمو الدخل في ظلها،وينكمش معها التضخم ويزداد الممولون وعيا وعددا.

وحيث أن المدعية وآخرين ممن أدانوا الضريبة محل النزاع المائل،أقاموا مناعيهم في شأنها على سند من أن الأصل في الضريبة،أن يكون محلها إيرادا دوريا منتظما،وهو ما يعنى أن يكون وعاؤها دخلا مطردا متجددا وأن يظل وعاؤها قائما.فإذا زال بعد وجوده أو كان غير محقق الوجود،أو كان استمرار تطبيقها مفضيا إلى تأكله،كان فرضها منافيا للدستور،وإذا جاز أن يكون رأس المال محلا للضريبة ليقع عليه عبؤها،فذلك في الظروف الاستثنائية،ولمرة واحدة والضريبة المطعون عليها وإن كان ظاهرها لينا،إلا أن حقيقتها استنفاد لوعائها إذا استطال زمنها،فقد فرضها المشرع أصلا وابتداء على من يملكون أوراقا مالية أو حصصا أو أنصبة ليؤديها هؤلاء من وعائها ممثلا في قيمتها وهو ما يعنى حملهم على اقتطاعها منه بغير حكم قضائي،وانصرافا عن مفهوم الادخار الذي اعتبر الدستور حمايته،والحض عليه،واجبا وطنيا،وتخليا عن اتسامها بالعدالة الاجتماعية التي أقامها بنيانا لكل ضريبة،وإهدارا لصون الملكية الخاصة التي تقوم في جوهرها على رأس المال غير المستغل،والتي لا يجوز المساس بها إلا استثناء،وفي الحدود التي نص الدستور عليها،ليكون فرض الضريبة المطعون عليها منافيا لمواده ٣٤و٣٨و٣٩.

وحيث إن ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة من أن الملتزمين أصلا بالضريبة، كان بوسعهم تجنبها لو أنهم وجهوا أموالهم لاستثمارها عن غير طريق الأوراق المالية التي حددتها المادة٨٣من قانون الضريبة مردود بأن مصادرة حرية الفرد في اختبار الطريق الأفضل وفق تقديره لاستثمار أمواله،يتناقض الحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يقبل تنازلا،غائرا في النفس البشرية كافلا إنسانيتها،والأصل في كل عمل أن يكون مشروعا،ولا تخرج بعض الأعمال من دائرة التعامل إلا إذا حظرها المشرع،فإذا كان التعامل في أموال بذاتها جائزا وكان استثمارها في نشاط معين ممكنا قانونا"فإن الحمل على عدم ولوجها-من خلال الضريبة-يردها إلى دائرة عدم المشروعية،ويبلور منافاتها للعدالة الاجتماعية

والقول بأن مناعي المدعية خوض من جانبها في السياسة الضريبة التي يستقل المشرع بتقريرها مردود،بأن الدستور قدر خطورة الضريبة العامة-وتندرج تحتها الضريبة المطعون عليها-بالنظر إلى تعلقها بجماهير غفيرة،ومساسها المباشر بمصالحها وتأثيرها بوجه عام في الأوضاع الاقتصادية،وكان لازما بالتالي أن تراقبها هذه المحكمة إذا ما طعن عليها-ضمانا لفرضها لمصلحة لها اعتبارها،وبمراعاة الأسس الموضوعية التي تقيم بنيانها الحق وعلى ضوء معايير تكفل عدالتها اجتماعيا،وتتحدد على ضوئها جميعا مشروعيتها الدستورية،وعلى الأخص في مجال اتصال أهدافها بمضمون النصوص القانونية التي فرضتها.وغير صحيح كذلك في القانون،ما تدعيه هذه الهيئة،من أن الضريبة المطعون عليها يبررها أن تتناول مستثمرين يتداولون رءوس أموال بذاتها ويضاربون عليها من خلال بورصة الأوراق المالية التي تكفل لهذا النوع من الاستثمار استمراره وتطويره،ومن ثم كان إسهامهم في أعباء إنشائها لازما،غير صحيح ما تقدم،ذلك أن تداول الأوراق المالية التي حددتها المادة٨٣ من قانون هذه الضريبة،ليس شرطا لاستحقاقها، بل تتناول الضريبة قيم رءوس أموال بذاتها-سندا أو سهما أو حصة أو نصيبا-ولو لم تصدر صكوكها،بل ولو لم يجر تسليمها لأصحابها،ولا شأن الضريبة الدمغة النسبية بما يمكن أن يتولد عن رءوس الأموال هذه من إيراد،بل يعتبر هذا الإيراد دخلا لها،ينضم إلى غيره من الدخول التي يحققها الشخص ليخضع صافي مجموعها،للضريبة السنوية التي فرضها قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم١٧٨لسنة١٩٩٣.

وحيث أن ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة من أن الضريبة المطعون عليها نوع من الزكاة مردود،بأن الزكاة فرضتها النصوص القرآنية،لا النصوص التشريعية الوضعية التي ترتد الضريبة المطعون عليها إليها في مصدرها،والزكاة كذلك-وباعتبارها من الأركان الأساسية للعقيدة الإسلامية-لا يجوز العدول عنها،و التعديل في أحكامها المقطوع بثبوتها ودلالتها،خلافا لكل ضريبة إذا يجوز دوما النظر فيها،وتغيير بنيانها،بل وإلغاؤها،والضريبة والزكاة مختلفتان-نطاقا وعلى-وهما بالتالي متغايرتان،وتحملهما معا،ولا مخالفة فيه للدستور.

وحيث إن الضريبة المطعون عليها ضريبة عامة،لا يقتصر نطاق تطبيقها على رقعة إقليمية معينة تنبسط عليها دوم سواها،ويتحدد المخاطبون بها في إطار هذه الدائرة وحدها،بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمي للدولة-وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية-مرتبا لدينها في ذمة الممول،بما مؤداه تكافؤ الممولين المخاطبين بها في الخضوع لها دون تمييز،وسريانها بالتالي-بالقوة ذاتها-كلما توافر مناطها في أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة،ولا يعني ذلك أن يتماثل الممولون في مقدار الضريبة التي يؤدونها،بل يقوم التماثل على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية،فالتكافؤ أو التعادل بينهم ليس فعليا،بل جغرافيا.

وحيث إن الدستور أعلي شأن الضريبة العامة،وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها،وبوجه خاصة من زاوية جذبها لعوامل الإنتاج،أو طردها أو تقييد تدفقها،وما يتصل بها من مظاهر الانكماش أو الانتعاش،وتأثيرها بالتالي على فرص الاستثمار والادخار والعمل وتكلفة النقل وحجم الإنفاق،وكان الدستور-نزولا على هذه الحقائق واعترفا بها-قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية،فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون،وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي يبينها القانون،ولازم ذلك أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة،إذ تتولي بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمنا تحديد نطاقها،وعلى الأخص من خلال تحديد وعائها وأسس تقديره،وبيان مبلغها والملتزمين أصلا بأدائها.والمسئولين عنها،وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدها وكيفية أدائها وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة عدا الإعفاء منها،إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون.

وحيث إنه متى كان ما تقدم،فإن نص القانون يعتبر مصدرا مباشرا للضريبة العامة،إذ ينظم رابطتها محيطا بها في إطار من قواعد القانون العام،متوخيا تقديرا موضوعيا ومتوازنا لمتطلبات وأسس فرضها،وبمراعاة أن حق الدولة في إنشائها لتنمية مواردها ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين أصلا بها،والمسئولين عنها،في تحصيلها وفق أسس موضوعية،يكون إنصافها نافيا لتحيفها،فلا تتسم بوطأة الجزاء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلا،ولا يتناقض معدلها وأحوال فرضها الضوابط اللازمة لعدالتها الاجتماعية.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جري على أن الدستور- إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة-كفل بالمادتين٣٢و٣٤حمايتها لكل فرد- وطنيا كان أم أجنبيا،ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء-وفي الحدود التي يقتضيها تنظيما-باعتبارها عائدة في الأعم من الأحوال التي يقتضيها تنظيميا-باعتبارها عائدة في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها،بذل من أجلها الوقت والعرق والمال،وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها،وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها،معبدا بها الطريق إلى التقدم،كافلا للتنمية أهم أدواتها،محققا من خلالها إرادة الإقدام هاجعا إليها لتوفر ظروفا أفضل لحرية الاختيار والتقدير،مطمئنا في كنفها إلى يومه وغده،مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها،فلا يرده عنها معتد،ليعتصم بها من دون الآخرين،وليتلمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها في إطار وظيفتها الاجتماعية،ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها هذه الوظيفة التي تمليها طبيعة الأموال محل الملكية،والأغراض التي ينبغي رصدها عليها،محددة على ضوء واقع اجتماعي معين،في بيئة بذاتها لها مقوماتها وتوجهاتها،وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها،لا تعتبر مقصودة لذاتها،بل غايتها خير الفرد والجماعة.

وحيث إن الحماية التي أظل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان،تمتد إلى الأموال جميعها دون تمييز بينها،باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية،سواء أكان هذا الحق شخصيا أم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وكان لا يجوز على ضوء هذه الحماية،فرض ضريبة على رءوس أموال المكلفين بها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، لتخرج بتمامها أو في كثير من أجزائها من يد أصحابها،مما يفقد الضريبة وظيفتها الأساسية بوصفها"إسهاما منطقيا"من الملتزمين بأدائها في تحمل نصيبهم من الأعباء العامة لتغطية تكلفتها،والأدق أن يقال أن ضريبة على هذا النحو عدوان على رءوس هذه الأموال،ينال من قيمتها،ويحول دون تراكمها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض،ومن ثم كان للضريبة مجال طبيعي يتصل بتطبيقاتها في الأعم من الاحوال،وذلك من خلال ربطها بصور الإيراد التي يقدر المشروع ملاءمة إخضاعها للضريبة،ليكون الدخل بذلك محورا لها،ناجما عن استثمار رءوس الأموال في ألوان من التعامل جائزة قانونا،وهو ما يعنى أن الدخل-وباعتباره إيرادا متجددا يمثل من الضريبة مجالها الأكثر فاعلية،سواء كان هذا الإيراد ناجما عن قيم منقولة،أم عن المهن غير التجارية أم عن الثروة العقارية،أم كان مرتبا أم ربحا صافيا محققا من غير ذلك من المصادر،ومن ثم كان الدخل وعاء أساسيا للضريبة متطلبا فيها كشرط مبدئي لموضوعيتها وعدالتها،ولا يجوز بالتالي أن تكون رءوس الأموال ذاتها وعاء لها،إلا بصورة استثنائية لا تعطل حقا دستوريا،وبقدر الضرورة،وبما لا ينتزعها أو يؤول إلى تآكلها،ويفترض ذلك لزوما ألا يكون تطبيق الضريبة التي فرضها المشرع عليها ممتدا في الزمان إلى غير حد،ولا أن تكون لها وطأة الجزاء ،ولا أن "تظلها أغراض الجباية"لتهيمن عليها محددة مسارها.

وحيث إنه متى كان ذلك وكان قانون ضريبة الدمغة المطعون عليها،قد فرضها على رءوس أموال بذاتها-سندا أو سهما أو حصة أو نصيبا-فاعتبرها وعاء لها محملا أصحابها بعبئها بوصفهم ملتزمين أصلا بها،بما مؤداه ربط الضريبة بقيم هذه الأصول واقتضائها منها،فلا تزايلها أو تتحول عنها،ليكون إسناد الضريبة إليها-واطراد زمن تطبيقها-عاصفا بها أو محددا مجال حركتها،باعتبارها ضمانا لتحصيل الضريبة التي فرضها المشرع في شأنها،وهي بعد ضريبة يستأديها من أصحابها سنويا-ومقدما-بناء على مجرد تملكهم لها، ومن ثم تكون"واقعة الملكية"- في ذاتها- هي المنشئة للضريبة المطعون عليها،وسواء كانت الأسهم أو السندات أو الحصص أو الأنصبة التي حملها المشرع بعبئها، تغل أو لا تنتج دخلا "فليس لدخلها-وجودا أو عدما من أثر على نفاذ الضريبة المطعون عليها،بل يظل رأس المال المحمل بها وعاء لها وسعرها منسوبا إلى قيمته الإسمية أو الفعلية،ومبلغها مستنزلا من قيم هذه الأموال ذاتها انتهاء إلى امتصاصها،بما يعيبها دستوريا ويفقدها مقوماتها ليحيلها عدما،ذلك أن الضريبة التي يكون أداؤها واجبا قانونا- وعلي ما تنص عليه المادتان٦١و١١٩ من الدستور-هي التي تتوافر لها قوالبها الشكلية ، وإلى جانبها أسسها الموضوعية محدد مفهومها على ضوء العدالة الاجتماعية،التي تعتبر محورا لتنظيم الضريبة في الحدود المنصوص عليها في المادة ٣٨من الدستور.وحيث أن منافاة الضريبة المطعون عليها للعدالة الاجتماعية ،تبدو كذلك من زاوية اتصال تطبيقها بالمسئولين عن أدائها (سهما كانت أم سندت) أو للحصة أو النصيب، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٨٦ من قانون هذه الضريبة"تلزمها بأن تؤديها إلى مصلحة الضرائب خلال الخمسة عشر يوما الأولي من يناير من كل سنة،ليقوم التزامها بتوريد هذه الضريبة إلى جوار المدينين أصلا بها وفقا لفقرتها الأولي،وهم أصحاب هذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة التي افترض المشرع قيام صلة واهية انتحلها المشرع تقوية من جهته لضمان إيفاء الضريبة المطعون عليها-وعلى ما تقدم-محلها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها،بنقلها الحق فيها إلى آخرين.وإصدارها لها يفصلها عنها،وليس لها من شأن بتداولها ولا ينجم عن التعامل فيها من إيراد ، بل مرد ومردود ذلك إلى أصحابها.

بيد أن قانون هذه الضريبة ،حمل الجهة المصدرة لها بعبئها،جعلها مسئولة عن توريدها من رأس مالها المصدر الذي قد يزيد كثيرا على رأس مالها المدفوع،وإلزامها بأدائها مقدما،سواء أكان العمل بها قد بدأ،أم كان لازال في مرحلة التحضير،وسواء كان نشاطها قد مضي قدما محققا ربحا،أم كان متعثرا متراجعا كاشفا عن خسائر أصابتها مهما بلغ عنقها ومداها،وسواء كان وجودها قانونا محققا أم كان كيانها غير مكتمل،بما مؤداه إضرار الضريبة المطعون عليها بمركزها المالي،وتسويتها لفرض توجيهها لجهودها،وحشدها لتحقيق الأغراض التي تقوم أصلا عليها.

وقد دل المشرع على أن سعيه لتحصيل الضريبة كان توجها نهما بما نص عليه في المادة٨٥من قانونها من سريانها اعتبارا من تاريخ مزاولة الشركة لعملها، أو من تاريخ صدور القرار المرخص في تأسيسها أو اعتبار من نشر المحرر المتعلق بتأسيسها،أيها أسبق زمنا لتكون الجباية في ذاتها هدفا منظورا ورئيسيا لهذه الضريبة،فلا تمتد إليها حماية الدستور،وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي تقرر"ليس ثمة مصلحة مشروعة ترتجي من وراء إقرار تنظيم تشريعي يتوخي مجرد تنمية موارد الدولة من خلال فرض ضريبة تفتقر إلى قوالبها الشكلية أو لا تتوافر – في أركانها ودوافعها الأسس الموضوعية التي ينبغي أن تقوم عليها ذلك أن جباية الأموال في ذاتها ، لا تعتبر هدفا يحميه الدستور ، بل يتعين أن تتم وفق قواعده وبالتطبيق لأحكامه).

وحيث أن المشرع عزز اتجاهه إلى تحصيل الضريبة المطعون عليها ، بغض النظر عن عواقبها بما نص عليه في البند (ب) من المادة ٨٣ من قانونها من فرضها على القيمة الإسمية للأوراق غير المقيدة في البورصة أو المقيدة بها (التي تري مصلحة الضرائب أن العمليات التي تمت بشأنها من القلة بحيث لا يمثل متوسط أسعارها القيمة الحقيقية لها)بما مؤداه ، أنه حتى ولو أسفرت العمليات التي جرت في شأن الورقة المالية عن تضاؤل قيمتها ، فإن قلة هذه العمليات – وفق تقدير الجهة الدائنة بالضريبة – تخولها محاسبة الملتزمين أصلا بها ، والمسئولين عن أدائها ،على ضوء القيمة الإسمية – لا الفعلية – للورقة المالية ، وهي عين القاعدة التي ألتزمها المشرع في شأن ضريبة الدمغة النوعية التي فرضها على حصص التأسيس وفقا للبند (د) من المادة ٨٣ المشار إليها .

وحيث أن الأصل أن يتوخي المشرع بالضريبة التي يفرضها أمرين ، يكون أحدهما مقصودا منها ابتداء primary motive ويتمثل في الحصول على غلتها لتعود إلى الدول وحدها ، تصبها في خزانتها العامة لتعنيها على مواجهة نفقاتها ، ويكون ثانيهما مطلوبا منها بصفة عرضية أو جانبية ، أو غير مباشرة incidential motive كاشفا عن طبيعتها التنظيمية regulatory nature دالا عن التدخل بها لتغيير تقييد مباشرة الأعمال التي تتناولها ، أو حمل المكلفين بها – عن طريق عبثها – على التخلي عن نشاطهم ، وعلى الأخص إذا كان مؤثما جنائيا ، كالتعامل في المواد المخدرة.

وهذه الآثار العرضية للضريبة كثيرا ما تلازمها ، وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ، ولا تزايلها طبيعتها هذه ،لمجرد أنها تولد أثارا عرضية بمناسبة إنشائها.

وحيث إن الضريبة المطعون عليها – ومن زاوية أثارها العرضية تلحق بفرص الاستثمار أفدح الأضرار ، وهي كذلك تعوق الادخار الذي اعتبره الدستور واجبا قوميا ، وليس أدل على ذلك ، من أن وزير المالية حين سئل عن كيفية تعويض حصيلتها بعد إلغائها ، كان قاطعا في أن إلغاءها يوفي ظروفا أفضل للاستثمار تزداد بها العمالة ، وينكمش معها التضخم ، ويدور في نطاقها رأس المال ، من خلال قاعدة إنتاجية اعرض كاشفا بذلك عن أن فرض هذه الضريبة كان عملا عشوائيا منافيا لعدالتها الاجتماعية ، مجاوزا الحدود التي يكون فيها أداؤها واجبا قانونا ، معطلا دورها في مجال تحقيق الكفاية والعدل اللذين جعلهما الدستور أساسا للنظام الاقتصادي ، وغدا تحصيلها بالتالي مجرد جباية لا ضابط لها ولا يستقيم بنيانها وفق الأسس الموضوعية التي لا تقوم الضريبة دستوريا في غيابها .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفا أحكام المواد ٤ ، ٢٣و٣٢و٣٤و٣٨و٣٩و١١٩و١٢٠ من الدستور. وحيث إن المادة ٨٤و٨٥و٨٦و٨٧ من قانون هذه الضريبة – قبل إلغائها – ترتبط بنص المادة ٨٣ المطعون عليها ارتباطا لا يقبل التجزئة ، بحيث لا يمكن فصلها عنها أو تطبيقها استقلالا ، فإنها تسقط جميعا تبعا لإبطال النص المطعون فيه ، ولا تقوم لها من بعد من قائمة.(الدعوى رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٩/٧).

(٢) براءة الذمة لعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة

من المادة الأولي من قانون رسم تنمية المواد المالية للدولة :

لقد فرض قانون تنمية الموارد المالية للدولة في الفقرة الأخيرة من المادة الأولي منه على المتخلفين عن توريد الضريبة بأداء مثلها في جميع الأحوال . وذلك ليحمل المسئولين على إيقافها مباشرة إلى الخزانة العامة لضمان تحصيلها ؛ لكنه لم يفرق في هذا الجزاء بين من يتعمدون اقتنص مبلغ الضريبة لحسابهم ، ومن يقصرون في توريدها ، وكان ينبغي على المشرع أن يفرق في هذا الجزاء بين العمد والإهمال

وأن يكون الجزاء على هذا التقصير متناسبا مع المدة التي أمتد إليها وعلى ذلك فإنه يجوز لمن تخلف عن أداء ضريبة التنمية المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة الأولي أن يؤديها كما هي طالما لم يكن يقصره في أدائها ناشئا من عمد أو إهمال.

وإذا طولب بأداء المثل والغرامة والتعويض المنصوص عليهما في المادتين ١٨٧(ثالثا) و ١٩٠ من قانون الضرائب على الدخل جاز له رفع دعوى ببراءة الذمة لعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة الأولي من قانون رسم تنمية الموارد المالية للدولة .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "وحيث أن البين من أحكام القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ ، الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٥ بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة ، إن هذا القانون أضاف إلى المادة الأولي من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ خمسة بنود جديدة – هي البنود ١٢و١٣و١٤و١٥و١٦- التي يستحق الرسم عن كل منها ، بالقدر وفي الحدود التي بينتها ، ثم أورد في شأن هذا البنود جميعها ، حكما يقضي بأن يصدر وزير المالية قرارا بإجراءات ومواعيد تحصيل وتوريد الرسم المنصوص عليه في تلك البنود ، وفي حالة التخلف عن توريده في الموعد المحدد لذلك ، يتم تحصيله بطريق الحجز الإداري ويستحق على الجهات المسئولة "مثل المبالغ المقررة " متى كان ذلك ، وكانت المصلحة الشخصية المباشرة – وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية – مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن، يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية ، مؤثرا في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع ، وكان البند ١٥ من المادة الأولي من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ – المضاف إليها بمقتضي القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ – متعلقا برسم التنمية الخاص بالحفلات والخدمات الترفيهية التي تقام في الفنادق ؛ وكانت الإدارة العامة لتحصيل هذا الرسم قد اقتضت من المدعية مثل الرسم المستحق على الحفلات التي أقيمت في فندقها ، تأسيسا على نكولها عن توريده ، فإن مصلحها الشخصية والمباشرة ، إنما تحدد في الطعن على عبارة "ويستحق على الجهات المسئولة مثل المبالغ المقررة " الواردة في عجز الفقرة الأخيرة من المادة الأولي من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ ، معدلا بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ المشار إليهما .

وحيث أن المدعية تنعي على النص المطعون فيه – محددا نطاقا على النحو المتقدم أمرين أولهما :أن ما توخاه من تقرير جزاء على التخلف عن توريد الضريبة ، إنما يتعلق بالامتناع عن توريدها وليس بمجرد التأخر في أدائها ، وأن من المقرر أن القوانين الضريبية ، وكذلك تلك التي تفرض في نطاقها جزاء نطاقها جزاء إداريا ، إنما يتعين تفسيرها ضيقا ، فلا يقاس عليها ، ولا يلحق بها حكم غير متعلق بها ، وليس متصورا أن يكون الامتناع عن توريد الضريبة المقررة ، مساويا في الأثر لمجرد التأخر في إيفائها ، ولا أن يكون الجزاء على هذا التأخير – ولو كان يوما واحدا – مستوجبا أداء مثل قيمتها . وثانيهما :أن الأصل في النظام الضريبي ، أن يكون قائما على العدالة الاجتماعية ، فلا تعتبر جباية الأموال في ذاتها هدفا يحميه الدستور ، وينبغي دوما أن يكون كل جزاء متناسبا مع الأفعال التي نهى المشرع عنها ، كذلك فإن مؤدي مبدأ مساواة المواطنين في الأعباء والتكاليف العامة ، ألا يعامل المتمنعون عن توريد الضريبة وفق الأسس ذاتها التي يعامل بها المتراخون في توريدها ، وقد تحمل بالجزاء المطعون عليه ، الملازمون بتوريد الضريبة المنصوص عليها بالبنود التي أضافها القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ إلى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ المشار إليهما ، دون البنود السابقة عليها جميعها ؛ وإذ كان هذا التمييز تحكميا ، ومنطويا على توقيع عقوبة بغير حكم قضائي ، ومناقضا على توقيع عقوبة بغير حكم قضائي ، ومناقضا مبدأ خضوع الدولة للقانون ، فإن تقرير هذا الجزاء ، يكون مخالفا أحكام المواد ٤ و ٣٨ و ٦٥ و ٦٦ من الدستور .

وحيث إن البين من البند ١٥من المادة الأولى، من القانون رقم١٤٧لسنة١٩٨٤ معدلا بالقانون رقم ٥لسنة ١٩٨٦ المشار إليهما، أنه حدد مقدار الرسم المستحق على الحفلات والخدمات الترفيهية مراعياً أن يكون هذا الرسم منسوباً إلى المبالغ التي تم دفعها إلى الجهات التي تقدم هذه الخدمة ،وبواقع ٢٠%على ال١.٠٠٠ جنية الأولى ،و٣٠%عن ال١٥٠٠٠ جنيه الثانية و٤٠%على ما زاد على ذلك على أن تقوم هذه الجهات بتوريده إلى مصلحة الضرائب وإلا تم تحصيله منها بطرق الحجز الإداري مع إلزامها ((بمثل المبالغ المقررة))

حيث إن المشرع مايز بذلك بين الملتزمين أصلاً بأداء هذا الرسم،وبين المسئولين عن توريده،ذلك أن لكل التزام بالضريبة ويأخذ الرسم حكمها طرفين أحدهما هو الدائن بمبلغها ممثلا في الشخص العام الذي قام بفرضها وثانيهما هو المدين بها سواء أكان شخصاً طبيعيا أو معنوياً وقد يكون هذا المدين ملتزماً أصليا بمبلغها أو مسئولاً عنها.

ويعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوافر بالنسبة إليه الواقعة التي أنشأتها، والتي يتمثل عنصراها في المال المحمل بعبئها والمتخذ وعاء لها ثم وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين ليكون اجتماعهما معا مظهراً للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية ولا يكون الشخص مسئولا عن الضريبة إلا إذا كان وفاؤه بها تابعاً للالتزام الأصلي بأدائها ليبقى بوجوده ويزول بانقضائه وشرط ذلك أن تكون علاقة المسئول عن الضريبة في شأن المال المتخذ وعاء لها وهو العنصر الموضوعي في الواقعة التي أنشأتها منتفية وحيث أنه إذ كان ما تقدم وكان الرسم المقرر بمقتضى البند ١٥من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ في شأن الحفلات والخدمات الترفيهية بالفنادق واقعا أصلا على من يقيمونها فيها ومتعلقاً بالمبالغ التي يدفعونها إلى الفندق مقابلا لها ومحددا في شكل نسبة مئوية منها فإن دين الضريبة يكون مترتباً في ذمتهم ابتداء بوصفهم ملتزمين أصلا بدفعها ولئن كان المشرع قد أقام إلى جانبهم ومعهم من يكونون مسئولين عن توريد مبلغها إلى الخزانة العامة وبأداء مثل مبلغها إذا نكلوا عن واجبهم هذا فذلك ضمانا لتحصيل الضريبة وتوفيا للتحاليل عليها والتخلص منها وتأمينا لانتظام جبايتها وسرعتها والتقليل من تكلفتها.

وفى إطار هذه الرابطة وحدها تتحدد علاقة المدعية بالخدمة الفندقية التي قدمتها وعلى ضوئها يتم الفصل في المطاعن الدستورية التي أثارتها. وحيث أن من المقرر- وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة- أن الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرا من المكلفين بأداء إسهاما من جهتهم في أعبائها وتكاليفها العامة ، وهم يدفعونها لها بصفة نهائية ، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها ، فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها ، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم ، وعاد عليهم مردودها ، ومن ثم كان فرضها مرتبطا بمقدرتهم التكليفية ، ولا شأن لها بما آل غليهم من فائدة بمناسبتها ، وإلا كان لذلك خلطا بينها وبين الرسم ، إذ يستحق مقابلا لنشاط خاص أتاه الشخص العام – وعوضا عن تكلفته – وإن لم يكن بمقدارها ، متى كان ذلك ، وكان الرسم المقرر عن الحفلات والخدمات الترفيهية التي تقدمها الفنادق والمحلات العامة السياحية ، منفصلا عن كل نشاط خاص تكون الدولة قد بذلته لمن يقيمونها أو يعيدونها ، فإنه ينحل إلى ضريبة من الناحية القانونية ، وهي بعد ضريبة لا يقتصر نطاق تطبيقها على رقعة إقليمية معينة تمتد إليها دون سواها ، ويتحدد المخاطبون بها في إطار هذه الدائرة وحدها ، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمي للدولة – وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية – مرتبا لدينها في ذمة الممول ، مما مؤداه تكافؤ الممولين في الخضوع لها دون تمييز ، وسريانها بالتالي – وبالقوة ذاتها – كلما توافر مناطها في أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة ، وهو ما يعنى أنها ضريبة عامة يقوم التماثل فيما بين الممولين بصددها ، على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية ، وليس بالنظر إلى مقدار الضريبة التي يؤدونها ، ذلك أن التعادل بينهم في نطاقها ليس فعليا ntrinsic بل جغرافيا .

وحيث إن اختيار المشرع للمال محل الضريبة ، وإن كان مما يخضع لسلطته التقديرية ؛ وكان من المقرر كذلك أن دستورية الضريبة لا ينال منها من تكون حصيلتها متناهية في ضآلتها negligible أو أن يكون هدفها الحصول أصلا من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطها عرضا بما يجعل الاستمرار فيه مرهقا onerons ؛ وكانت الضريبة التي فرضها النص المطعون فيه ، ونسبها إلى قيمة المبالغ التي تؤدى عن الحفلات التي تقام في الفنادق ، تتغيا أصلا تمويل الخزانة العامة لمواجهة النقص في مواردها ، مع تنظيم استهلاكا ترفيا ينبغي الحد منه ، فإن الملتزمين أصلا بأدائها ، لا يتحملون بسببها عبئا مخالفا للدستور .

وحيث إن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة ، إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها ، متضمنا تحديد وعائها ، وأسس تقديره ، وبيان مبلغها ، والملتزمين أصلا بأدائها ، والمسئولين عنها ، وقواعد ربطها وتحصيلها ، وتوريدها ، وكيفية أدائها وضوابط تقادمها ، وما يجوز أن يتناولها من الطعون اعتراضا عليها ، ونظم خصم بعض المبالغ أو إضافتها لحسابها ، وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة - عدا الإعفاء منها - إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون ، وإلى هذه العناصر جميعها يمتد النظام الضريبي في جمهورية مصر العربية ، ليحيط بها في إطار من قواعد القانون العام ، متخذا من العدالة الاجتماعية - وعلى ما تنص عليه المادة ٣٨ من الدستور - مضمونا وإطارا ، وهو ما يعنى بالضرورة ، أن حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها ، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية ، ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين أصلا ها والمسؤليين عنها ، في تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحيفها ، وحيدتها ضمانا لاعتدالها .

وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن قانون الضريبة العامة ، وإن توخي حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على إيرادها مقصودا منه ابتداء ، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوما وإطارا مقيدا لنصوص هذا القانون ، فلا يكون دين الضريبة - سواء بالنسبة إلى من يلتزمون أصلا بها ، أو يكونون مسئولين عنها - متحمضا عقابا بما يخرجها عن بواعثها الأصلية والعرضية ، ويفقدها مقوماتها بالتالي لتنحل عدما.

ولا يجوز أن تعمد الدولة كذلك - استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة - إلى تقرير جزاء على الإخلال بها - يكون مجاوزا - بمداه أو تعدده - الحدود المنطقية ، وإلا كان هذا الجزاء غلوا وإفراطا ، منافيا بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال ، واقعا عملا - وبالضرورة - وراء نطاق العدالة الاجتماعية ، ليختل مضمونها بما ينافي القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبي .

وهو ما نحا إليه المجلس الدستوري الفرنسي بما قرره من أن القانون المالي إذ فرض - بنص المادة ٩٢ - على من يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد الأشخاص - من خلال إفشائهم لسريتها بالمخالفة لأحكامها - غرامة مالية يتعين دوما توقيعها ، وتعادل في مبلغها مقدار هذا الدخل ، أنها يفقدها في عديد من الأحوال - وبصورة صارخة - تناسبها مع الأفعال التي ارتكبوها - ويتعين لهذا الاعتبار وحده - ودون ما ضرورة للخوض في غيره من مناحي الطعن على تلك المادة - تقرير عدم دستوريتها .

وحيث إن الدستور قرن العدل بكثير من النصوص التي تضمنها،ليكون قيدا على السلطة التشريعية في المسائل التي تناولتها هذه النصوص ،فالنظام الاقتصادي لجمهورية مصر العربية لا يقوم إلا على الكفاية والعدل،ويتعين أن ينظم هذا الاقتصاد وفقا لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي ، وعدالة التوزيع ويؤسس الدستور النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية(مادة٣٨) متطلبا حال وقوع اعتداء على الحرية الشخصية أو على الحرية الشخصية أو على حرمة الحياة الخاصة أن تقدم الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه العدوان (مادة ٥٧)كذلك فإن التعويض عن نزع الملكية سواء من خلال التأميم أو غيره ينبغي أن يكون قائما على العدل

ومن خلال مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ،وبوجه خاص في مجال أعبائهم وتكاليفهم العامة تظهر فكرة العدالة تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم الاجتماعية السائدة في مجمع معين خلال فترة زمنية محددة ومن الناحية الفلسفية،فإن مفهومها قد يكون مطلقاً ولكنها عملا ومن زاوية نتائجها الواقعة لا تعنى شيئا ثابتا باطراد بل تتباين معانيها ،وتتموج توجهاتها ،تبعا لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها consciousness levels of social, وإن جاز ولئن جار القول بأن النصوص القانونية تعمل لضمانها إلا القول بأن النصوص القانونية تعمل لضمانها ، إلا أنها تناقض أحيانا – بأحكامها ، ومن خلال تطبيقاتها – حقيقة محتواها ، وقد تنال من أغراضها النهائية التي تحيل بوجه عام إلى رضاء الجماعة وهناء معيشتها وسعادة أفرادها ، وقد يثور التعارض كذلك بين حقائق العدالة الاجتماعية social justice ، وبين مفهوم الدولة أو الفرد لقيمها ، ليكون لكل منهما تصور ذاتي في شأن متطلباتها .

ويتعين بالتالي أن توازن علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض ، بأوضاع مجتمعهم والمصالح التي توخاها من أجل التوصل إلى وسائل عملية تكفل إسهام أكبر عدد من بينهم لضمان أكثر المصالح والقيم الاجتماعية تعبيرا عن النبض الجماعي لإرادتهم ، ليكون القانون طريقا لتوجههم الجمعي ، ذلك أن النصوص القانونية لا تقرر لذاتها ، بل بوصفها تعبيرا عن تلك الخبرة الاجتماعية social experience التي قام الدليل على تراكمها ، وإن كان ممكنا أن يكون لبعض الأشخاص أو لوقائع بذواتها أثرا في تشكيل مضامينها .

وإذا كان القانون – من زاوية مثالية – أداة التوازن داخل الجماعة الواحدة بين خبراتها السابقة past expectations ليكون كافلا توافق أفرادها على القبول بالنصوص التي يتضمنها ؛ وكان القانون بذلك ليس إلا تطورا منطقيا مقبولا بوجه عام ، لضمان أن يكون النزول عليه إراديا قائما على التعاون في مجال تنفيذه إلا أن من المتعذر القول بأن القانون يعد دوما نتاجا للحقيقة في صورتها المطلقة ، أو تعبيرا عن تصوراتها المجردة وإنما يبلور القانون تلك القيم التي أنتجتها الخبرة الاجتماعية ، وكلما كان القانون أكثر اقترابا منها كلما كان أفضل ضمانا لإرساء المفهوم التطبيقي للعدالة ، سواء فيما بين الأفراد بعضهم البعض ، أو على صعيد مجتمعاتهم .

وبقدر اتساع الفجوة بين هذا المفهوم ، وعملية صناعة القانون ، بقدر ما يكون القانون قاصرا على إنفاذ حقائق العدل الاجتماعي ، فلا يقدم حلا ملائما لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم ، مبتعدا بذلك عما يكون لازما إنصافا .

وحيث أن من المقرر كذلك ، أن العدالة إما أن تكون توزيعية distributive justice من خلال العملية التشريعية ذاتها ، وإما تحول تقويمية corrective ترتد إلى الحلول القضائية التي لا فيه بدرجة كبيرة ، أو كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

فإذا لم يكن التعويض قضائيا أو اتفاقيا وكان المشرع قد تكفل – من خلال النصوص التشريعية – بتحديد مقداره تحديدا جامدا لا يتغير – ولو كان الضرر متفاوتا – مثلما فعل في الفوائد القانونية التي حدد مقدارها وشروط استحقاقها ، كان التعويض قانونيا ، بما مؤداه انه فيما خلا الأحوال التي يكون التعويض فيها مقرر بناء على تدخل من المشروع ، فإن الأصل في التعويض أن يكون مقداره متكافئا مع الضرر جابرا لمداه دون زيادة أو نقصان ، وهو ما يعنى تناسبا بينهما لا يجوز أن يختل

(٣) ولا تفارق الجريمة التأديبية – في جزائها – ما ينبغي أن يكون تقديرا موضوعيا للجزاء في صورتيه الجنائية والمدنية ، فالقوانين الجنائية وإن كان قوامها حصر الجرائم من خلال تحديد أركانها ونوع العقوبة المقررة لكل منها ومقدارها ، إلا أن الجريمة التأديبية لا يتصور ربطها بأفعال محددة بذواتها

ذلك أن مناطها بوجه عام الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها ، ليكون هذا الإخلال سلوكا معيبا وذنبا إداريا ينعكس أثره على كرامة الوظيفة أو استقامتها أو يمس اعتبار شاغلها ، وإعمال الإدارة لسلطتها التأديبية بتقديرها جزاء معينا لفعل محدد ، يمنعها من إيقاع جزاء ثان عن الواقعة ذاتها ويتعين دوما أن يكون تقدير الجهة الإدارية لجزاءاتها متوازنا ، قائما على أسبابها بكل أشطارها ، مبررا بما يعد حقا وعدلا ، فلا يكون شططها حائلا دون أداء العاملين لواجباتهم ، ولالينها أو هونها مؤديا إلى استهانتهم بها بل يكون مجردا من الميل ، دائرا حول الملاءمة الظاهرة بين خطورة الفعل المعتبر ذنبا إداريا وبين نوع الجزاء ومقداره ، وإلا كان تقديرها انحرافا بالسلطة التأديبية عن أهدافها.

وحيث إن المسئولين عن دين الضريبة التنمية التي فرضها المشرع على الحفلات التي تقام في – الفنادق ، يلتزمون – زعما بالفقرة الأخيرة من المادة الأولي من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ المشار إليهما – بأداء مثل مبلغها عند تخلفهم عن توريدها ، وكان ما تواخاه المشرع من تقرير هذا الجزاء – منظورا في ذلك إلى مداه – هو الحمل على إيفائها مباشرة إلى الخزانة العامة لضمان تحصيلها ، والتقليل من تكلفة جبايتها ، فلا يتخلي عن توريدها ، المسئولون عن دينها ، وإلا كان ردعهم لازما ؛فإن معنى العقوبة يكون مائلا في ذلك الجزاء- وإن لم يكون عقابا بحتا – وهو ما يظهر بوضوح من خلال وحدة مقداره ، ذلك أن المتخلفين عن توريد الضريبة ، يلتزمون بمثل مبلغها "في كل الأحوال " سواء أكان الإخلال بتوريدها ناشئا عن عمد ، أو إهمال ، أو عن فعل غير مقترن بأيهما ؛ متصلا بالغش أو التحايل أو مجردا منهما ، واقعا مرة واحدة أو متعددا ، وسواء كان التأخير في توريد هذه الضريبة ممتدا زمنا ، أم مقصورا على يوم واحد ، إذ يتعين دوما مثل مبلغها بالكامل، ولو كان النكول عن توريدها ناشئا عن ظروف مفاجئة ، ومجردا من سوء القصد ، وكان ينبغي على المشرع أن يفرق في هذا الجزاء ، بين من يتعمدون اقتناص مبلغ الضريبة لحسابهم ، ومن يقصرون في توريدها ، وأن يكون الجزاء على هذا التقصير متناسبا مع المدة التي أمتد إليها .

وحيث أن المشرع – وعملا بالمادة الثالثة من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ المشار إليه – قد ضم إلى هذا الجزاء ، جزاءين آخرين هما الغرامة والتعويض المنصوص عليهما في المادتين ١٨٧ (ثالثا) ، و١٩٠ من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ لتتعامد هذه الجزاءات جميعها على سبب واحد ، ممثلا في مخالفة حكم المادة الأولي من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ أنف البيان ؛ وكان مبدأ خضوع الدولة للقانون – محددا على ضوء مفهوم ديمقراطي – يعنى أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها ، وتتقيد هي بها ، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي ألتزمتها الدول الديمقراطية باضطراد في إنتاجها في مظاهر سلوكها على تباينها ، لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية ، ويندرج تحتها ، ألا يكون الجزاء على أفعالهم – جنائيا كان ، أم مدنيا ، أم تأديبيا ، أم ماليا ، إفراطا ، بل متناسبا معها **the princi – ple of proportinonality** ومتدرجا بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام ، فلا يكون هذا الجزاء إعناتا وكان تعدد صور الجزاء – مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة – وانصبابها جميعها على مال المدين – مع وحدة سببها – يعتبر توقيعا لأكثر من جزاء على فعل واحد ، منافيا لضوابط العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي في الدولة ومنتقصا بالتالي – ودون مقتض – من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمسئولين عن دين الضريبة التي فرضها المشرع لتنمية موارد الدولة ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفة أحكام المواد ٣٤ و ٣٨ و ٦٥ من الدستور (دعوى رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٩٦/٢/٣) .

(٣) براءة الذمة لعدم دستورية المادة الأولي من قرار وزير البترول بشأن محاسبة مشروعات الاستثمار على مسحوباتها من المواد البترولية :

ينص قرار وزير البترول بشان محاسبة مشروعات الاستثمار على مسحوباتها من المواد البترولية في مادته الأولي .

على أن تتم محاسبة مشروعات الاستثمار الخاضعة لأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المشار إليه على مسحوباتها من المنتجات البترولية على أساس تحريك سعرها المحلي (المدعم) تدريجا بزيادة نسبتها ٢٠% من الفرق بين السعر العالمي والسعر المحلي سنويا وذلك لمدة خمس سنوات .

وهذا النص يخالف أحكام المواد ٤ و ١ و ٤٠ من الدستور والتي تقيم أولاها النظام الاقتصادي لجمهورية مصر العربية على أساس الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ويكفل لكل مواطن كسبه مشروعا وتصون ثانيها وثالثها مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين ومساواتهم أمام القانون

وذلك لأن هذا النص يزيد من أعباء الفنادق الاستثمارية ملحقا بها خسائر فادحة مع بقاء خدماتها محددة وفقا للأسس ذاتها التي تتحدد بها أسعار الخدمات التي تقابلها والتي تقدمها فنادق القطاعين من العام والخاص .

وكان يتعين أن تتكافأ الفنادق جميعا في حقوقها وواجباتها وليس متصورا أن تحمل الفنادق الاستثمارية بأعباء مالية تزيد بها تكلفة خدماتها عن نظراتها .

ومن ثم يجوز لأصحاب الفنادق الاستثمارية أن ترفع دعوي ببراءة الذمة من هذه الفروق المالية تأسيسا على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية من قرار وزير البترول السالف ذكره .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث إن القرار المطعون فيه ينص في مادته الأولى على أن تتم محاسبة مشروعات الاستثمار الخاضعة لأحكام القانون رقم ٤٣لسنة ١٩٧٤ المشار إليه على مسحوباتها من المنتجات البترولية على أساس تحريك سعرها المحلى (المدعم)تدريجيا بزيادة نسبتها ٢٠%من الفرق بين السعر العالمي والسعر المحلى سنويا وذلك لمدة خمس سنوات.

وعملا بمادته الثانية يحدد السعر العالمي المشار إليه في المادة السابقة على أساس المتوسط السنوي لأسعار تصدير المنتجات البترولية(فوب الموانى المصرية)،أو على أساس المتوسط السنوي لتكلفة الاستيراد (سيف الموانى المصرية)حسب نوع المنتج.

ويحدد المتوسط السنوي لأسعار التصدير والاستيراد المشار إليه على أساس متوسط أسعار السنة الميلادية السابقة لسنة المحاسبة ،لحين تحديد متوسط أسعار سنة المحاسبة ، وتتم تسوية الفروق خلال الربع الأول من السنة التالية.

ولا تتضمن الأسعار سالفة الذكر تكلفة النقل إلى الجهة التي يحددها المستثمر.وتقضى مادته السادسة بأن تلتزم مشروعات الاستثمار بالحصول على احتياجاتها من المنتجات البترولية بطريق التعاقد مع شركات قطاع البترول ،فإذا ثبت حصولها على هذه المنتجات بغير هذا الطريق ،تحاسب على أساس السعر العالمي دون الاستفادة من السعر المتدرج المشار إليه في المادة الأولى.

وحيث إن الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة مصر للبترول قد دفعتا كلتاهما بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الدستورية الماثلة ،قولا بأن القرار المطعون فيه لا يعتبر من الإعمال التشريعية التي تمتد إليها ولايتها .

وحيث إن هذا الدفع مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ،من أن الولاية التي تبشرها في مجال الرقابة القضائية على الدستورية ، إنما تتعلق بالنصوص القانونية أيا كان محلها أو موضوعها أو نطاق تطبيقها أو السلطة التي أقرتها أو أصدرتها ،وأن غايتها رد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور ،تثبتا من اتفاقها معها ،ويفترض ذلك أن يكون القانون بمعناه الموضوعي محلا لهذه الرقابة محددا نطاقا على ضوء كل قاعدة قانونية يرتبط مجال إعمالها بتعدد تطبيقاتها ،سواء أقرتها يرتبط مجال إعمالها بتعدد تطبيقاتها ،سواء أقرتها السلطة التشريعية أو أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها ،وهو ما يعنى انتفاء تخصيصها ،فلا تتقيد بحالة بذاتها تستنفذ بها القاعدة القانونية مجال تطبيقها ،ولا بشخص معين يستغرق نطاق سريانها،متى كان ما تقدم ،وكان القرار المطعون فيه يتعلق بالقواعد التي تتم على ضوئها محاسبة مشروعات الاستثمار التي تتم على ضوئها محاسبة مشروعات الاستثمار عن مسحوباتها من المنتجات البترولية ،فإنه بذلك يكون منصرفا إلى مشروع محدد من بينها، بل يتناولها جميعا من خلال قاعدة قانونية مجردة لينحل بذلك إلى لائحة تنبسط عليها الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية. وحيث إن الشركة المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته أحكام المواد ٤و٨و٤٠ من الدستور ،التي تقيم أولاها النظام الاقتصادي لجمهورية مصر العربية على أساس الكفاية والعدل ،بما يحول دون الاستغلال ،ويكفل لكل مواطن كسبا مشروعا ،وتصون ثانيتهما وثالثهما مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين ومساواتهم أمام القانون ،قولا منها بأن القرار المطعون عليه ،يزيد من أعباء الفنادق الاستثمارية ملحقا بها خسائر فادحة ،مع بقاء أسعار خدماتها محددة وفقا للأسس ذاتها التي تحدد بها أسعار الخدمات التي تقابلها والتي تقابلها والتي تقدمها فنادق القطاعين العام والخاص التي تحاسبها شركة مصر للبترول بالأسعار المحلية المدعومة عن البترول الذي تورده ، وكان يتعين أن تتكافأ الفنادق جميعها- التي تتحد فيما بينها في مستوياتها التصنيفية- في حقوقها وواجباتها.وليس متصورا أن تحمل الفنادق الاستثمارية بأعباء مالية تزيد بها تكلفة خدماتها عن نظيراتها.من فنادق القطاعين العام والخاص ،مما يهدم فرص التنافس المشروع بينها ،يؤيد ذلك أن وزير البترول والثروة المعدنية قرر في استجواب من أحد أعضاء مجلس الشعب بتاريخ ١٩٩١/٢/٢٣ ،بأن المشروعات التي ستحاسبها الهيئة المصرية العامة للبترول عن توريد البترول إليها بالسعر العالمي ،هي تلك التي تقوم بإنتاج سلعة ولا تلزم – في مجال تقديم خدماتها- بتسعيرة جبرية ،ولا كذلك الفنادق الاستثمارية ،ومن بينها الفندق محل التداعي. وحيث إن الهيئة المصرية العامة للبترول قدمت مذكرة بدفاعها أبانت فيها ما يأتي:

إن المادتين ٨و٤٠ من الدستور اللتين تكفلان مساواة المواطنين أمام القانون وتكافؤ الفرص فيما بينهم ،تلزمان السلطتين التشريعية والتنفيذية بأن تعاملا المتماثلين معاملة واحدة ،وأن تمايزا بين المختلفين ،وهذان الشقان لمبدأ المساواة من عناصر العدل ويمليهما حكم العقل ،ومقتضاهما أن المعاملة الواجبة في إطار تطبيق هذا المبدأ ،هي تلك التي تقدر التماثل أن التغاير القانوني أو الواقعي ،فتعامل أفراد كل فريق معاملة واحدة أو مختلفة ،وهو ما يعنى أن فكرة المراكز القانونية المتماثلة ،لا تكفى وحدها لاستنهاض المساواة أمام القانون. ولا تحيط بتطبيقاتها جميعا، إذ كثيرا ما يعتد المشرع عند اختياره للمعالة التي يختص فريقا من الناس دون فريق ،بالعناصر الواقعية التي يفترقان بسببها نومن ذلك تلك المعاملة التي يقررها المشرع للعاملين في بعض المناطق النائية ،أو التي يخص بها الموقين مراعاة لظروفهم وقدراتهم .

٢- القول بأن القرار المطعون فيه – وقد تضمن محاسبة الفنادق الاستثمارية عن مسحوباتها من المواد البترولية عن طريق تحريك السعر المحلى بزيادة تدريجية سنوية حتى الوصول إلى السعر العالمي الذي يزيد كثيرا على السعر المحلى- قد ألحق بهذه الفنادق خسائر كبيرة تبعا لزيادة أعبائها مع بقاء أسعار خدماتها مماثلة لتلك التي تقابلها في فنادق القطاع الخاص وفنادق قطاع الأعمال العام ،مردود:بأن خضوع فنادق المدعية لقانون الاستثمار يجعلها في مركز قانون مغاير لسواها من الفنادق ،كذلك فإن وحدة النشاط لا تنشئ بالضرورة تماثلا في المركز القانوني .

ولا مراء في أن المشرع قد منح الشركات التي يتناولها قانون استثمار المال العربي و الأجنبي والمناطق الحرة ومن بينها الشركة المدعية كثيرا من المزايا والتسهيلات والإعفاءات ،وجعلتها في مركز واقعي ومالي شديد التميز ،وقد قدر القرار المطعون فيه ،أن هذه المعاملة التفضيلية ينبغي أن توازن بعناصر تقلل منة حدتها ،تتمثل في محاسبتها عن مسحوباتها من المواد البترولية وفقا للسعر العالمي .

٣- إن السعر العالمي ، هو ما تتعامل به الهيئة المصرية للبترول عند استيرادها البترول من الخارج لتوفير المواد البترولية التي تحتاجها السوق المحلية . كذلك فإن فروق الأسعار التي تتحملها الخزانة العامة ، بسبب التعامل في المواد البترولية بأقل من تكلفتها الفعلية ، مؤداه أن السعر العالمي هو الأصل .

٤- إن المشرع يملك الرجوع عن المزايا التفضيلية التي منحها لبعض الأفراد أو الشركات سواء بإنهاء العمل ببعضها ، أو من خلال موازنتها أو مقابلتها ببعض الأعباء التي لم تكن قائمة من قبل ، ولا يعدو ذلك أن يكون ممارسة من المشرع للحق في التقسيم وفقا لأسس موضوعية ، مراعاة لأوضاع قانونية وفعلية بين فئتين من الفنادق .

٥- إن نص المادة ٤ من الدستور من النصوص التوجيهية التي يتعذر ضبطها . وتزداد يوما بعد يوم الفجوة بين أفاق هذا النص والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية التي عدل المجتمع عنها ، وسار المشرع في غير طريقها ، واستقر الواقع عند كثير من نقاضها ، وتناقض المزايا التي منحها المشرع للاستثمار بعد انحيازه للحرية الاقتصادية ، حكم المادة الرابعة من الدستور ، فإذا ما وازنها المشرع ببعض الأعباء ، كان كافلا بذلك عدالة توزيعها .

وحيث إن المشرع أصدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٣ في شأن المنشآت الفندقية والسياحية ، متضمنا تعريفا بها ، ومنظما أوضاع ممارستها لنشاطها ، فناط بوزير السياحة دون غيره – وعلى ما تقضي به المادتان ١١ و ١٢ من هذا القانون – تقسيم هذه المنشآت إلى درجات ، ثم تصنيفها ليكون لكل منها الدرجة التي تناسبها وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من هذا الوزير ، محددا كذلك أسعار خدماتها بما في ذلك أسعار الدخول غليها والنزول فيها ، وكذلك مأكولاتها ومشروباتها ووجباتها .

وكلا ذلك صدور نظام استثمار المال العربي والأجنبي بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ متوخيا وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون – إيجاد مناخ ملائم لتسهيل انتقال رءوس الأموال العربية مع تقديم حوافز مناسبة للاستثمار – عربيا كان أم أجنبيا – وذلك في إطار من الضمانات الكافية ضد المخاطر غير التجارية ، وعلى طريق تخطي العوائق الإدارية والإجرائية التي تؤثر على نمو حجم الاستثمار ، وعلى تقدير أن استثمار رءوس الأموال العربية والأجنبية في مصر – وعلى ما تنص عليه المادة الثانية من هذا القانون – يعتبر في المجالات التي حددتها – ومن بينها التصنيع والتعدين والنقل والسياحة – لازما لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إطار السياسة العامة للدولة وخطتها القومية .

ولئن كان المشرع قد أقر بعدئذ قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ ملغيا بمقتضاه القانون السابق عليه ، إلا أن استثمار الأموال العربية والأجنبية ظل لازما لتحقيق خطة التنمية – سواء في مجال أولوياتها أو على ضوء أهدافها – وعلى الأخص كلما كان هذا الاستثمار متطلبا في المجالات التي حددها هذا القانون ، ويندرج تحتها ما يكون مرتبطا منها بالتقدم الصناعي ، أو التطور السياحي أو باستصلاح واستزراع الأراضي والإسكان والتعمير ، بل إن هذا القانون ، تضمن حكمين متكاملين ، هما المنصوص عليهما في المادتين ٦ و ٩ التي تكفل أولاهما للمشروعات الخاضعة لحكام هذا القانون – وأيا كانت جنسية مالكيها أو محال إقامتهم – تمتعها بالضمانات والمزايا والإعفاءات التي حددها هذا القانون مع جواز تقرقر غيرها – إضافة إليها – بقرار من مجلس الوزراء في الحدود التي يقتضيها الصالح العام .

وتحظر ثانيتهما فرض أية أعباء أو التزامات مالية أو غيرها على هذه المشروعات تخل بمبدأ المساواة بينها وبين مشروعات القطاع الخاص التي تعمل في النشاط ذاته ، والتي تنشأ خارج نطاق هذا القانون ، وعلى أن يتم تحقيق هذه المساواة بصورة تدريجية على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية .

وتفصل المادة ٩ من اللائحة التنفيذية المشار إليها ، هذه القاعدة ذاتها بقولها : ((لا يجوز عند تحديد الأسعار الجديدة أو تعديل الأسعار القائمة للخدمات والمواد الأولية والمواد البترولية والطاقة الكهربائية وغيرها من مستلزمات التشغيل للمشروعات ، الإخلال بالمساواة بينها وبين مشروعات القطاع الخاص التي تنشأ خارج نطاق هذا القانون وتباشر ذات النشاط .

كما لا يجوز فرض أية أعباء أو التزامات مالية إضافية أو غيرها على المشروعات بالزيادة عن المقرر منها بالنسبة لمشروعات القطاع الخاص المشار إليها .

وتتم تدريجيا المساواة في الأسعار والأعباء والالتزامات المالية المبينة في الفقرتين السابقتين بين المشروعات ومشروعات القطاع الخاص المذكورة ، وذلك بقرارات من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير وبعد موافقة مجلس الإدارة))

وحيث إن البين من هذين القانونين ، أن المزيا التفضيلية التي كفلها المشرع لاستثمار رءوس الأموال العربية والأجنبية ، غايتها استثارة اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار في مصر ، لضمان تدفقها إليها ، ودون قيود غير مبررة قد ينوء بها نشاطها ، فلا يكون بقاء هذه الأموال في مصر مجديا ، بل يعاد تصديرها منها .

وحيث إن إرساء الدستور بنص المادة ٤٠ منه لمبدأ المساواة أمام القانون ، ضمانة جوهرية لتحقيق العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، وإنما تتعلق كذلك بما يكون منها قد تقرر بقانون في حدود السلطة التقديرية التي يملكها المشرع ، فلا يجوز بعدئذ تقييدها بما يعطلها أو ينال من ممارستها ، بل يتعين أن تنتظمها أسس موحدة لا تمييز فيها بين المؤهلين قانونا للانتفاع بها وكلما كفل المشرع لمشروعات بذاتها مزايا تفضيلية قدر ضرورتها لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال رءوس الأموال الوافدة إلى مصر ، وكان أصحابها قد قدروا عائد استثمار هذه الأموال فيها على ضوء هذه المزايا ، فإنها تغدو حقوقا لا يجوز تهوينها ولا موازنتها بأعباء تحد منها .

وحيث إن مبدأ المساواة أمام القانون يفترض عملا يخل بالحماية القانونية المتكافئة إذا كان منسوبا إلى الدولة state action سواء من خلال سلطتها التشريعية أم عن طريق سلطتها التنفيذية ، بما مؤداه أن أيا من هاتين السلطتين لا يجوز أن تفرض تغايرا في المعاملة ما لم يكن مبررا بفروق منطقية يمكن ربطها عقلا بالأغراض التي يتوخاها العمل التشريعي الصادر عنهما ، وليس بصحيح القول بأن كل تقسيم تشريعي يعتبر تصنيفا منافيا لمبدأ المساواة ، بل يتعين دوما أن ينظر إلى النصوص القانونية باعتباره وسائل حددها المشرع لتحقيق أغراض يبتغيها ، فلا يستقيم إعمال مبدأ المساواة أمام القانون إلا على ضوء مشروعيتها ، واتصال هذه الوسائل منطقيا بها ، ولا يتصور بالتالي أن يكون تقييم التقسيم التشريعي منفصلا عن الأغراض التي يتغياها ، بل يرتبط جواز هذا التقسيم بالقيود التي يفرضها الدستور على هذه الأغراض وبوجود حد أدني من التوافق بينها وبين طرائق تحققها ويستحيل بالتالي أن يكون التقدير الموضوعي لمعقولية التقسيم التشريعي ، منفصلا كلية عن الأغراض النهائية للقانون المطعون فيه .

وحيث إن تكافؤ المتماثلين في الحماية القانونية ، مؤداه أنها ينبغي أن تسعهم جميعا ، فلا يقصر مداها عن بعضهم under – inciusive ولا يمتد لغير فئاتهم over inclusive ، ولا يجوز بالتالي أن تكون هذه الحماية تعميما مجاوزا نطاقها الطبيعي ، ولا أن يقلص المشرع من دائرتها بحجبها عن نفر ممن يستحقونها .

وحيث إن المشرع قد يقصد بالنصوص القانونية التي يصوغها ، إجراء تمييز مناقض للدستور posetul, hostile discrimination pur . وقد تحل الآثار التي يحدثها التمييز – ومن حيث مداها – purpose impact distinction بأغراض قصد الدستور إلى إرسائها ، ويعتبر التمييز غير مغتفر في هاتين الحالتين كلتيهما . بل ربما كان التمييز أكثر خطرا في الصورة الثانية التي يبدو فيها القانون المطعون عليه محايدا في نظهره ، مخالفا للدستور في أثره .

وحيث إن المراكز القانونية التي يتعلق بها مبدأ المساواة أمام القانون وفقا لنص المادة ٤٠ من الدستور ، هي التي تتحد من العناصر التي تكون كلا منها – لا باعتبارها عناصر واقعية لم يدخلها المشرع في اعتباره – بل بوصفها عناصر اعتد بها مرتبا عليها أثرا قانونيا محددا ، فلا يقوم هذا المركز القانوني إلا بتضاممها ، بعد أن غدا وجوده مرتبطا بها ، فلا ينشأ أصلا إلا بثبوتها ، ولا يتصور بعد تحققها وتولد المركز القانوني عنها ، أن تكون قيدا عليه ، ولا أن ينتقص المشرع من المزايا التي ربطها بوجوده ، إذ هي كامنة فيه ، فلا يجوز نقضها.

وحيث إن القول بأن المزايا التي كفلها المشرع للمشروعات الخاضعة لنظام رأس المال العربي والأجنبي تعطيها مركزا واقعيا شديد التميز يسوغ الرجوع عنها ، من خلال موازنتها بأعباء جديدة يفرضها عليها .

مردود أولا : بأن تقرير هذه المزايا يتصل بضمان تدفق رءوس الأموال العربية والأجنبية إلى مصر لتمويل قاعدة أعراض للتنمية الاقتصادية والاجتماعية . وعلى ضوء تنوع هذه المزايا وأبعادها تحدد رءوس الأموال العربية والأجنبية موقفها من الاستثمار فيها ، فإذا كانت ، فإذا أتت إليها بعد اعتمادها علي تلك المزايا ، فإن تقليصها من خلال فرض أعباء جديدة تحد من نطاقها ، لا يكون جائزا ، وعلى الأخص كلما كان من شأن الأعباء التي فرضها المشرع على المشروعات الاستثمارية ، إرهاق نشاطها ، فلا يكون تنافسها متكافئا مع غيرها ممن يباشرون معها – وإلى جانبها – ذات مجال عملها .

ومردود ثانيا : بأن المنشآت الفندقية جميعها لا تملك تحديد أسعار خدماتها وفقا لتكلفتها الفعلية ، ولا على ضوء نطاق الطلب عليها ، بل يختص وزير السياحة دون غيره بتقدير هذه الأسعار لتلك المنشآت جميعها وفق حقيقة مستوياتها ، حتى وإن طلب مستغلوها إعادة النظر في درجة المنشأة أو أسعار خدماتها ، ذلك أن تعديلها مما يدخل في اختصاص هذا الوزير دون غيره ، وكلما كان هذا التعديل ضروريا قائما على أسباب جدية .

ومردود ثالثا : بأن معدل عائد الاستثمار في بلد معين ، يرتبط بالتدابير التي تتخدها وتؤثر في مداه في شأن هذا الاستثمار وتؤثر في مجراه . فكلما كان من شأنها اعتصار هذا العائد ، أو فرض أوضاع جديدة لا يكون معها مجزيا ، كان ذلك منهيا لفرص الاستثمار ، أو مشككا في جدواها .

ومردود رابعا : بأن مؤدي النص المطعون فيه ، التمييز في الأعباء بين الشركات التي يحكمها قانون الاستثمار ، وتلك التي تخرج عن مجال تطبيق هذا القانون ، وذلك في مجال القواعد التي فرضها لمحاسبة كل منها مسحوباتها من المواد البترولية ، فعلي نقيض أولاها التي تحمل بالسعر العالمي عن البترول المورد إليها ، فإن ثانيتهما لا تتقيد بغير السعر المحلي عن هذا المواد ذاتها ، ويعتبر هذا التمييز - بمحتواه - مقصودا ، ومخالفا كذلك للدستور في أثره de jure – de facto distinction .

ومردود خامسا : بأن المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لاستثمار الأموال العربية والأجنبية ، هي علة وجودها في مصر ، وهى التي حركتها من مواقعها في بلدانها ، فلا يجوز نقضها أو تقييدها بعد أن تعلق الاستثمار بها .

ومردود سادسا : بأن القول بأن المزايا التفضيلية التي ربطها المشرع باستثمار رءوس الأموال العربية والأجنبية ، ينبغي مقابلتها ببعض الأعباء التي توازها ، مؤداه أن المزايا التي قدر المشرع ضرورتها لتدفق هذه الأموال لمصر ، جاوزت حدودها المنطقية ، وهو مالا دليل عليه ، بعد أن كفلتها قوانين الاستثمار على تعاقبها دون انتقاص منها ، وبما لا يجاوز نطاق السلطة التقديرية للمشرع .

وحيث إن الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية الخاصة - وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة - تمتد إلى كل ذي قيمة مالية ، سواء أكان هذا الحق شخصيا أم عينيا أم كان من حقوق الملكية الفنية أو الأدبية أو الصناعية ، وهو ما يعني اتساعها للأموال بوجه عام ، وكان النص المطعون فيه - بالأعباء التي فرضها - قد انتقص من عائد استثمار الأموال العربية والأجنبية عن طريق الأسعار الأعلى التي ألزمها بأدائها عن مسحوباتها من المواد البترولية ، فإن هذا القرار يكون كذلك متضمنا عدوانا على الملكية ، ومخالفا بالتالي لنص المادتين ٣٢ و ٤٣ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ذلك ، فإن نص المادة الأولي من القرار المطعون فيه ، يكون مخالفا للمواد ٣٢ و ٣٤ و ٤٠ من الدستور ، وتسقط تبعا لإبطالها الأحكام الأخرى التي تضمنها هذا القرار ، والتي ترتبط بنص مادته الأولي ارتباطا لا يقبل التجزئة " دعوى رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٩٧/٥/٣"

(٤) براءة الذمة لعدم دستورية ما تضمنه البند (أ) من المادة الثالثة من قانون التامين الصحي على الطلاب :

حق التعليم يعني ابتداء حق الالتحاق بالمعاهد التعليمية وفق الشروط الموضوعية التي تنظم القبول بها ، وكان التكافؤ في هذه الشروط فيما بين المتزاحمين على فرص النفاذ إليها ، مؤداه تساويهم في المراكز القانونية بالنسبة إلى المرحلة التعليمية التي قبلوا بها ، وتعادل حقوقهم في مجال الانتفاع بمرافق معاهدهم وتسهيلاتها وخدماتها ، التي تتكامل بها العملية التعليمية وتتصل حلقاتها ، وكان التأمين الصحي يندرج تحتها ، فقد تعين أن تتكافأ التزاماتهم المالية في مجال هذا التأمين.

ولما كانت المادة الثالثة من قانون التأمين الصحي تلزم طلاب المدارس الخاصة بمصروفات بأداء اشتراكات سوية مقابل خدمات التأمين الصحي المقدمة لهم وهي مبالغ تزيد كثيرا عما تقتضيه الدولة من نظرائهم في المدارس الحكومية والمعاهد الأزهرية والمدارس الخاصة المعانة والذين يتمتعون بذات الخدمات مما يخل بمبدأ المساواة أمام القانون .

فإنه يجوز لمن دفع الاشتراكات لأبنائه الملتحقين بإحدى المدارس الخاصة أن يرفع دعوى استرداد هذه المبالغ لبراءة الذمة لعدم دستورية البند (أ) من المادة الثالثة من قانون التأمين الصحي .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "وحيث إن المدعي ينعي على المادة الثالثة المشار إليها ، إلزامها طلاب المدارس الخاصة بمصروفات ، بأداء اشتراكات سنوية لمقابلة خدمات التأمين الصحي المقدمة لهم ، تزيد في مقدارها عن تلك التي تقتضيها الدولة من نظرائهم الذين التحقوا بالمدارس الحكومية والمدارس الخاصة المعانة أو المعاهد الأزهرية ، والذين يتمتعون بذات الخدمات ، مما يخل بمبدأ المساواة أمام القانون ، باعتبار أن التمييز بين هاتين الفئتين لا يقوم على روابط منطقية ، بل يعد تمييزا تحكميا منهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور ، كذلك فإن الأصل في خدمات التامين الصحي ، أن تقدمها الدولة لمستحقيها من الطلاب ، عند توافر موجباتها ، سواء بسبب عجزهم أو مرضهم . ولا صلة لها بالتالي - وبوصفها حقها تكلفه الدولة للمواطنين جميعا على ما تقضي به المادة ١٧ من الدستور - بما إذا كانت المدارس التي يلتحقون بها حكومية ، أو مشبهة بها ، أو من المدارس الخاصة غير المعانة . ولا يسوغ القول بأن تلك المغايرة في القواعد القانونية التي تحكم هاتين الفئتين ، مردها ضرورة تعاون القادرين مع غير القادرين في إطار العدالة الاجتماعية ، ذلك أن هذا المفهوم ، وإن صح أن يكون أساسا للضريبة العامة ، إلا أن الطلاب جميعهم يتمتعون بالخدمة الصحية عينها ، وبالوسائل ذاتها ، ودون تمييز فيما بينهم ، ويتعين بالتالي أن يكون مقابل هذه الخدمة واحدا بالنسبة إليهم . وافتراض ملاءة أولياء الأمور الذين ألحقوا أبناءهم بالمدارس الخاصة غير المعانة ، لا دليل عليه ، ولا تظاهره أية مصلحة اجتماعية .

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مستقر على أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوي الدستورية - مناطها أن يقوم ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوي الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازما في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع ، وكانت مناعي المدعي تدور جميعها حول الزيادة في الاشتراكات السنوية المنصوص عليها في البند (أ) من المادة الثالثة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٩٢ في شأن التأمين الصحي على الطلاب ، والتي مايز المشرع بها ، بين الالتزامات المالية للملتحقين بالمدارس الحكومية الخاصة غير المعانة ، ومن عداهم ، دون غيرها من الخدمات التي ساواهم فيها بنظرائهم - كالزيارات المنزلية والمساهمة في ثمن الأدوية - إذ تتكافأ فئتها المالية بين الطلاب جميعهم ، وكانت الاشتراكات السنوية التي نازع المدعي فيها - والتي يتصل بها النزاع الموضوعي - هي تلك التي تم تحصيلها منه استنادا إلى البند (أ) من المادة الثالثة المشار إليها ، فإن نطاق الطعن ينحصر في هذا البند ، ولا يمتد لسواه من البنود التي أنتظمتها هذه المادة .

وحيث إن الدستور ، نص في المادة ١٨ على أن يكون التعليم حقا ، وإلزاميا في المرحلة الابتدائية ، مع جواز مد هذا الإلزام إلى مراحل أخري تتصل حلقاتها ، وتتضافر مكوناتها ، ليكون قوامها جميعا بنيانا صلبا متماسكا ، نفاذا إلى أفاق العلوم واقتحاما لدروبها ، وارتباطا بحقائق العصر ومعطياته ، وبوسائل التنمية وأدواتها ، وبعوامل القوة ومظاهرها ، وبموازين الصراع والوفاق ، وبقيم الحق والخير والجمال ، وبتكامل الشخصية الإنسانية لا تراجعها ، وبنواحي التقدم ومناحي القصور ، وبإنماء التقاليد التربوية والخلقية والثقافية وتكريسها ، وبألوان الإبداع وأشكال الفنون إطلالا عليها وتزودا بها ، وبالمعايير التي ألتزمتها الأمم المتحضرة تأمينا لحقوق مواطنيها وحرياتهم ، وبالعوامل الجوهرية التي تكفل للوطن والمواطن أمالا لا ينحصر محيطها ، بل يمتد دائرتها إلى غير حد ، إيمانا بغد أفضل ، قوة وبأسا ، وحقا وعدلا واقعا ومصيرا .

وحيث إن الدستور حرص فوق هذا – وبنص المادة ١٨ ذاتها – على ألا تقف الدولة من التعليم موقفا سلبيا وإنما حملها مسئولية الإشراف على مختلف صوره ، وعزز بإلزامها أن تكفل استقلال التعليم الجامعي ، ومراكز البحث العلمية على اختلافها ، تطويرا لرسالتها ، وبما يكفل انفتاح مجالاتها دون قيد ، متوخيا بذلك أن تتكامل العملية التعليمية في وسائلها وغاياتها ، وان تتعدد روافدها لتكون نهرا متصلا ، فلا تنعزل بعض حلقاتها عن بعض ، بل تتحد أجزاؤها وتتعاون عناصرها ، لتقيم بنيانها الحق ، وأن يكون نبعها تلك القيم والتقاليد الغائرة في أعماق بيئتها وما ذلك إلا لأن قيمتها تتمثل بصفة رئيسية في انبثاقها عن مجتمعها ، وتعبيرها عن المصالح والأسس التي يقوم عليها ، تثبيتا لها ، وتعميقا لمضمونها .

وحيث إن التعليم – على ضوء ما تقدم – كان ولا زال من أكثر المهام خطرا ، وأعمقها اتصالا بآمال المواطنين وطموحاتهم ، وأوثقها ارتباطا بمصالح الجماعة ومقاييس تقدمها ، وكان على الدولة بالتالي أن تهيمن على عناصره الرئيسية ، وأن توليه رعايتها ، وأن توفر لدور التعليم – وبقدر طاقتها – شرايين الحياة الجوهرية التي لا تقوم إلا بها ، وأن ثماره عائدة في منتهاها إليها ، وأن اجتناءها بيد مواطنيها ، فليس التعليم حرثا في البحر ، بل هو نبض الحياة وقوامها ، لا تستقيم بغيره شئونها ، ولا زال متطلبا كشرط مبدئي لمواجهة المواطنين لمسئولياتهم مع تنوعها وشمولها ، ليكون اضطلاعهم بها منتجا وفعالا ، وهو كذلك تعميق لمشاعر الانتماء ، يتمحض إلهاما للضمائر ، وتقريرا للحقائق ، واستنهاضا للهمم ، نحو ما ينبغي أن يكون نهجا قويما للعمل ، واستثارة لتلك القيم والمثل العليا التي يكون غرسها وإيقاظها في النشء ، مشكلا لعقولهم ، محددا مالا أنماطا لتصرفاتهم ، فلا يوجهون – في الأعم – طاقاتهم بددا ، ولا يتراجعون عن الإقدام طريقا ، ولا يتخاذلون أو يمارون ، بل يوازنون بين حقوقهم وواجباتهم ، مستبصرين حدودها ، فلا يتفرقون أو يفرطون .

والتعليم فوق هذا يعدهم للحياة ، ويدربهم على مواجهة صعابها ، ويقيم لهم معالمها ، فلا تتنافر وسائلها أو تتعارض ملامحها ، وهم أسوياء بالتعليم ، يتوافقون مع بيئتهم ، ويندمجون في مجتمعاتهم فلا يسعون لغير مظاهر التفوق إصرار ، ولا يميلون عن الحق طريقا ، ليكون التعليم دوما حقا أصيلا لا تابعا ، لا تداخل الأهواء فرص النفاذ إليه ، ولا تميلها نزوة عابرة ، بل يكون القبول بالمعاهد التعليمية على اختلافها ، محددا وفق أسس موضوعية تستقيم بها متطلبات ممارسة هذا الحق ،فلا يكون التعليم على ضوئها شكليا أو رمزيا ولا يقيد المشرع من مداه اعتسافا ، بل يكون ملبيا – واقعا ومضمونا – للأغراض التي يتواخاها أصلا ، موازنا بين مستواه في مرحلة بذاتها ، وما ينبغي أن يلائمها من شروط الالتحاق بها ؛ على ضوء نظرة كلية تكفل الارتقاء بالجماعة حضاريا ، وإنماء طرائق النظر والاستدلال لتطوير العلوم في مختلف مجالاتها ، والتمكين من أسبابها .

وحيث إن الحق في التعليم فحواه ، أن يكون لمن يطلبونه الحق في ضمان قدر منه يلتئم مع مواهبهم وقدراتهم ، وكذلك اختيار نوع من التعليم يكون أكثر اتفاقا مع ملكاتهم وميولهم ولا ينحصر الحق في التعليم في مجرد النفاذ إليه وفق الشروط الموضوعية التي تتحدد على ضوئها فرص قبول الطلبة بالمعاهد التعليمية كتلك التي تتصل بملاءمة تكوينهم عمليا واستعدادهم ذهنيا ونفسيا لنوع وخصائص المناهج الدراسية بتلك المعاهد ، وعلى ضوء مستوياتها الأكاديمية ، ذلك أن الالتحاق بالمعاهد التعليمية وفق الشروط الموضوعية المحددة للقبول بها ، يعتبر مشتملا بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلاتها وخدماتها ، بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها ، وارتباطها بما يكفل تكامل عناصرها ، وبلوغ غاياتها يؤيد ذلك أن الاعتبار الأظهر في العملية التعليمية ، وإن كان عائدا أصلا إلى خصائص مناهجها الدراسية ومستوياتها ، وكذلك إلى شروط تكوين الهيئة التي تقوم بتدريسها ، وعلى الأخص من زاوية كفاءتها العلمية ، وقدرتها على الاتصال بالطلبة والتأثير فيهم وجذبهم إليها ، وإشرابهم تلك القيم والمثل التي تمليها المصالح الحيوية في درجاتها العليا

إلا أن ذلك لا يقلل من دور مرافق المعاهد التعليمية وخدماتها ، كتلك التي هيأتها لدعم النواحي الرياضية والترويحية والصحية لطلبتها ، وكذلك تلك التي أنشأتها لاستثارة مواهبهم نهوضا برسالتها ، إذ لا تستقيم أغراض التعليم لغير الأسوياء الأصحاء – القادرين بدنيا ونفسيا – على إنشاء علائق اجتماعية مع زملائهم والاندماج في محيطهم .

وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن التعليم حق ، وأن العملية التعليمية تتكامل عناصرها ، فلا يجوز تبعيضها بفصل بعض أجزائها عن البعض ،ذلك أن تضافر مكوناتها هو الضمان لفعاليتها ، لتمتد الحماية التي كفلها الدستور للحق في التعليم ، إلى كل العناصر التي يتآلف منها ، فلا يجوز تعطيل بعض جوانبها أو تقييدها بنصوص قانونية أو تدابير إدارية من شأنها الإخلال بركائز التعليم بما ينال من محتواه ، وبوجه خاص يجب أن تتخذ السلطات العامة جميعها ، التدابير التي يقتضيها إنهاء التمييز غير المشروع ، سواء في مجال شروط القبول في المعاهد التعليمية ، أو من خلال القواعد التي تفرق بين الطلبة في شأن مصروفاتهم ، أو منحهم الدراسية ، أو فرص متابعتهم لتعليمهم في الدول الأجنبية ، وبوجه عام ، لا يجوز للمعاهد التعليمية أن تمايز بين طلبتها في شأن صور التعامل وأشكال العلائق التي ترتبط بها معهم ، ما لم يكن التمييز بينهم ، مستندا إلى جدارتهم ، أو متصلا بأوضاع تلك المعاهد واحتياجاتها .

ولا يسوغ كذلك أن تتخذ السلطات العامة ، من أشكال المعونة التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية ، - وأيا كان مقدارها – موطئا لتقييد حقوق فئة بذاتها من طلبتها ، أو تقديمها وتفضيلها على نظرائهم ، وليس لها أن تعطل حق أولياء أور الطلبة في إلحاق أبنائهم بمعاهد تعليمية غير التي أنشأتها ، بشرط ألا يقل مستواها عن الحدود الدنيا التي تتطلبها الجهة ذات الاختصاص بتنظيم شئون التعليم .

وفضلا عما تقدم ، لا يجوز ، أن يكون انتفاع طلبة المعاهد التعليمية ، بمرافقها أو خدماتها ، مرتبطا بقدراتهم المالية ، ذلك أن التمييز بين المواطنين – " في مجال مباشرتهم للحقوق الأساسية عينها" – على ضوء ثرواتهم ، كان دائما أمرا محظورا منهيا عنه دستوريا .

ولئن صح القول بأن الأصل في التعليم الخاص ، هو جوازه في الحدود التي يبينها المشرع ، وبما لا يناقض نصوص الدستور ، وبشرط ألا يكون متوخيا استبعاد فئة بذاتها من المواطنين انحرافا ، وأن يكون ملتزما – من حيث مستواه في كل مرحلة تعليمية – بالمقاييس التي تفرضها الجهة الإدارية ذات الاختصاص في شأن المرحلة المناظرة ، فإن من الصحيح كذلك أن الحماية النى يكفلها الدستور للحق في التعليم – بكل العناصر التي يشتمل عليها – إنما تمتد إلى المعاهد التعليمية جميعها ، بغض النظر من يملكها أو يديرها .

وحيث إن الأسس السالف بيانها ، هي التي تبنتها المواثيق الدولية ، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، يؤكد في ديباجته ، أن الحقوق المنصوص عليها فيه ، مرجعها إيمان شعوب الأمم المتحدة بالحقوق الأساسية للإنسان ، وبقيمة كل فرد وكرامته ، وضرورة أن يعامل مع غيره وفقا لمقاييس تتكافأ مضموناتها فلا يضطر مع غيابها إلى مقاومة القهر والطغيان ، وإنما يكون ضمانها كافلا لمعايير أفضل لحياة تزدهر مقوماتها في إطار حرية أعمق وأبعد . وكان من بين هذه الحقوق ، تلك المنصوص عليها في المادة من ذلك الإعلان في شأن التعليم ، فقد جاء حكمها صريحا في أن لكل إنسان حقا فيه ، ويجب أن يقدم مجانا على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية ، ويكون التعليم الابتدائي إلزاميا إلزاميا ، فإذا كان التعليم فنيا أو مهنيا ، وجب أن يكون متاحا بوجه عام ، ولا يتاح التعليم العالي إلا على أساس من الجدارة والاستحقاق وللآباء حق أولى **Aprior right** في اختيار نوع بذاته من التعليم لأبنائهم .

وتؤكد المادة ١٣ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، أن التعليم حق ينبغي أن يكون موجها نحو التطوير الكامل للشخصية الإنسانية ، معززا الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية مقترنا بضمان حق الناس جميعا في مجال الإسهام الفعال في بناء مجتمعاتهم الحرة ، ومؤديا لتعميق الفهم والتسامح بين الأمم ودعم صداقتها . كذلك يبين من الاتفاقية التي أقرها المؤتمر العام لمنظمة الامم المتحدة للتربية والشئون العلمية والثقافية في ١٤ ديسمبر ١٩٦٠ في شأن مناهضة التمييز في مجال التعليم **convention against discrimina tion in education adopted on 14.th .december , 1960 , by the gener- al conference of the united nations educational , scientifec and cultural organisation (UNESCO)** إن هذا التمييز ، يمثل انتهاكا للحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وإن منظمة اليونسكو ، تؤكد أن احترامها للتنوع في النظم التعليمية الوطنية ، لا يجوز أن يخل بالتزامها – ليس بتحريم أشكال التمييز في نطاق التعليم على اختلافها فحسب – بل كذلك بالعمل على إرساء التكافؤ في الفرص والمعاملة المتساوية على صعيد التعليم ، ليكون حقا مكفولا لكل إنسان ، ذلك أن أشكال التمييز على تباينها – تكتنفها مخاطر بعيدة آثارها وكان لازما بالتالي أن يتناولها تنظيم دولي ، يكون منهيا لصورها غير المبررة . وهو ما نصت عليه الفقرة الأولي من المادة الأولي من الاتفاقية الآنف بيانها ، ذلك أن التمييز وفقا لحكمها يعنى كل تفرقة **distinction** أو تقييد **limitation** أو استبعاد **exclusion** أو تفضيل **prefernce** يستند إلى لون الأشخاص أو جنسهم أو لغتهم أو عقائدهم أو أرائهم ، أو أصلهم الوطني أو الاجتماعي أو "حالتهم الاقتصادية" إذا كان هذا التمييز يتوخي ، أو من أثره ، إلغاء المعاملة المتكافئة في مجال التعليم أو الإخلال بها ، ويندرج تحت ذلك بوجه خاص حرمان شخص أو مجموعة من الأشخاص من النفاذ إلى التعليم بمختلف صوره ومراحله ، أو إلزامهم الالتحاق بأشكال من التعليم تنحدر مستوياتها ، أو فرض أوضاع عليهم تأباها كرامة الإنسان وتنافيها ، أو إنشاء نظم تعليمية أو إبقاؤها إذا كان هدفها الفصل بين الأشخاص تبعا لجنسيتهم ، ما لم يكن حق النفاذ إليها متكافئا من خلال دور التعليم تتعادل مستوياتها سواء من ناحية خصائص أبنيتها أو تجهيزاتها ، أو كفاءة مدرسيها وقدراتهم أو نوع مناهجها .

وعملا بالفقرة الثانية من المادة الأولي من تلك الاتفاقية ، يقصد بالتعليم – في تطبيق أحكامها – صور التعليم ومختلف مراحله ، وهو يشتمل كذلك على حق الالتحاق بالتعليم والنفاذ إلى نوعه ومستواه ، والشروط التي يمنح على ضوئها **.the conditions under which education is given** ويبين كذلك من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان ، ان بروتوكولا برقم (١) الحق بها ، ليضيف إليها بعض الحقوق التي أغفلتها ، من بينها الحق في التعليم المنصوص عليه في المادة الثانية من هذا البروتوكول ، والتي تقضي بأن حق كل شخص في التعليم لا يجوز إنكاره ، وأن على الدولة – في ممارستها لاختصاصاتها – احترام حق الآباء في أن يوفروا لأبنائهم نوعا من التعليم والتدريس ، يكون ملبيا لعقائدهم الدينية ومفهوماتهم الفلسفية

وتنص المادة ١٧ من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب **African charter on hu- man and peaples rights** على أن لكل فرد حقا في التعليم ، وفي الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلده .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان من المحقق أن الحقوق الأساسية للإنسان لا تستمد من صفته كمواطن في بلد ما ، بل مردها إلى الخصائص التي تميز الشخصية البشرية وتبرر بالتالي حمايتها وطنيا ودوليا ، وكانت الدساتير المصرية جميعها بدءا بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم ، ترد المواطنين جميعا إلى قاعدة موحدة ، حاصلها مساواتهم أمام القانون ، باعتبارها قواما للعدل وجوهر الحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الأغراض التي تستهدفها ، تتمثل أصلا في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها ، فقد أضحي مبدأ المساواة أمام القانون – في أساس بنيانه – وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور ، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين – في حدود سلطته التقديرية – وعلى ضوء ما يكون قد أرتاه كافلا للصالح العام .

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ ، على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا إن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز فيها محظورا ، مرده أنها الأكثر شيوعا في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ، إذ لو صح ذلك – وهو غير صحيح – لكان التمييز فيما عداها جائزا دستوريا ، وهو ما يناهض المساواة التي كفلها الدستور ، وينقض أسسها ويعطل مقاصدها . وأية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا تقل عن غيرها وزنا وخطرا سواء في محتواها ، أو من جهة الآثار التي تتولد عنها وترتبها ، كالتمييز بين المواطنين في نطاق حقوقهم وحرياتهم لاعتبار مرده إلى المولد أو الثروة أو المركز الاجتماعي أو انتمائهم الطبقي أو ميولهم الحزبية وأرائهم ، أو عصبيتهم القبلية ، أو نزعاتهم العرقية ، أو إلى موقفهم من السلطة العامة وإعراضهم عن تنظيماتها ، أو مناوأتهم لها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها.

كذلك ، فإن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطويا على تقسيم أو تصنيف **classification** أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض ، أو المزايا أو الحقوق التي يمنحها لفئة دون غيرها ، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور ، يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية – التي نظم بها المشرع موضوعا محددا – عن أهدافها ، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل إليها ، منطقيا ، وليس واهيا أو واهنا بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

Classification is inherentin legisiation in that iegisiators may seiect different persons or groups for different treatment . however , the state may not rely on a ciassification whose reia- tionship to render the didtinction arbit- rary or irrational.

كذلك فإن صور التمييز التي تناقض مبدأ المساواة أمام القانون ، وإن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ، ينال بصوره تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها ، أو من خلال تقييد آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانونا للانتفاع بها .

Equality before the law requires of discriminatory treatment except for those in different circumstances.

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان حق التعليم يعنى ابتداء حق الالتحاق بالمعاهد التعليمية وفق الشروط الموضوعية التي تنظم القبول بها ، وكان التكافؤ في هذه الشروط فيما بين المتزاحمين على فرص النفاذ إليها ، مؤداه تساويهم في المراكز القانونية بالنسبة إلى المرحلة التعليمية التي قبلوا بها ، وتعادل حقوقهم في مجال الانتفاع بمرافق معاهدهم وتسهيلاتها وخدماتها ، التي تتكامل بها العملية التعليمية وتتصل حلقاتها ، وكان التامين الصحي يندرج تحتها ، فقد تعين أن تتكافأ التزاماتهم المالية في مجال هذا التأمين إذا كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه ، يفترض أن الذين يلتحقون بالتعليم الخاص غير المعان ، يملكون من مصادر الثروة ما يعينهم على تحمل الأعباء المالية الأثقل ، إسهاما من جانبهم بنصيب أكبر في تمويل هذا التأمين ، وكان هذا الافتراض ، لا دليل عليه ، ذلك أن هذا النوع من التعليم قد يتمحض طريقا وحيدا متاحا أمامهم لإكمال دراستهم ، وقد يتحملون ماليا – سعيا لبلوغ هدفهم هذا – بما لا يطيقون . وقد يزداد موقفهم سواء من خلال الأعباء المالية الأعلى التي فرضها عليهم النص المطعون فيه ، لتضاءل خياراتهم ، بما قد يؤول إلى حرمانهم من الاستمرار في التعليم . وليس ذلك بكل المقاييس نهجا حميدا أو مطلوبا ، بل هو إخلال بالتضامن الاجتماعي ، وبالحق في التعليم – يؤيد ذلك – بوجه خاص – أمران :

أولهما : أن ما نص عليه الدستور في المادة ٧ من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي ، يعني وحدة الجماعة في بنيانها ، وتداخل مصالحها لا تصادمها ، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تزاحمها ، واتصال أفرادها ببعض ليكون بعضهم لبعض ظهيرا ، فلا يتفرقون بددا ، أو يناحرون طمعا ، أو يتنابذون بغيا ، وهم بذلك شركاء في مسئوليتهم قبلها ، لا يملكون التنصل أن يتقدم على غيره انتهازا ، ولا أن ينال قدرا من الحقوق يكون بها – عدوانا – أكثر علوا ، ولا أن يحرم من بعضها بهتانا ، بل يتعين أن تتضافر جهودهم ، لتكون لهم الفرص ذاتها التي تقيم لمجتمعاتهم بنيانها الحق

ثانيهما : أن افتراض ملاءة أولياء أمور الطلبة الذين يلتحقون بالتعليم الخاص غير المعان – حتى وإن صح وإلزامهم بأعباء مالية تزيد على غيرهم من نظرائهم ، لا يعدو أن يكون تمييزا فيما بينهم على أساس من الثروة " في مجال مباشرتهم للحقوق الأساسية التي كفلها الدستور للمواطنين جميعا على سواء " . لينحل تمييزا منهيا عنه دستوريا ، ذلك أن تكافؤهم في الشروط الموضوعية التي تم على ضوئها قبولهم في مرحلة تعليمية بذاتها ، يقتضي بالضرورة تعادلهم في مجال الانتفاع بالمرافق والخدمات التي تتصل بالعملية التعليمية ، والتي هيأتها المعاهد التي التحقوا بها ، لغيرهم من زملائهم . وأية ذلك ، أن القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٩٢ في شأن التأمين الصحي على الطلاب ، وإن مايز بنص البند (أ) من مادته الثالثة – وهو النص المطعون فيه – فيما بين الطلبة بعضهم بها في تمويل هذا التأمين ، إلا أن البندين (ج) ، (د) من هذه المادة ذاتها ، يكفلان مساواتهم جميعا في شأن إسهامهم في ثمن الدواء ، وأجر الزيارة الطبية المنزلية

وحيث إن مؤدي ما تقدم ، أن النص المطعون فيه ، قد وقع في حمأة المخالفة الدستورية لمخالفته المواد ٧ ، ١٨ ، ٤٠ من الدستور (الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٩٥/٩/٢).

فهرس الكتاب